

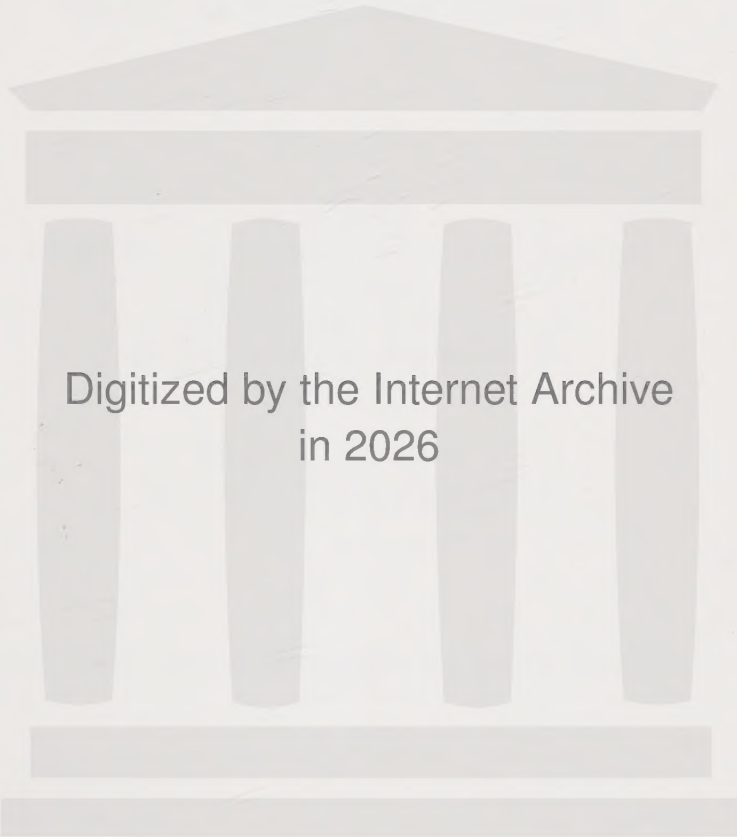
Die Sammelverwahrung von Edelmetallen

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

Salome Zimmermann
von Zürich und Schwändi GL

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz

Verlag Paul Haupt Bern 1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Sammelverwahrung von Edelmetallen

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

Salome Zimmermann
von Zürich und Schwändi GL

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 10. Dezember 1980

Der Dekan:
Prof. Dr. G. Hauser



Durch Beschluss der Fakultät darf die Drucklegung dieser Dissertation ausnahmsweise vor Ablegung der Doktorprüfung erfolgen.

Diese Arbeit erscheint unter dem gleichen Titel als Band 67 der Schriftenreihe „Bankwirtschaftliche Forschungen“ im Verlag Paul Haupt Bern und Stuttgart

ISBN 3-258-03043-X

Alle Rechte vorbehalten
Copyright © 1981 by Paul Haupt Berne
Printed in Switzerland

VORWORT

Der Gedanke, über die Sammelverwahrung von Edelmetallen eine Dissertation zu schreiben, entstand anlässlich der Arbeit an einem Gutachten, das Prof. Dr. A. Meier-Hayoz und ich gemeinsam im Auftrag der Schweizerischen Kreditanstalt erstatteten. Es ging damals darum, die rechtlichen Möglichkeiten einer umfassenden Sammelverwahrung von Edelmetallen zu prüfen und die Rechtsgrundlagen eines solchen Konzeptes zu erarbeiten. Zur gleichen Zeit befasste sich auch ein Ausschuss der Juristischen Kommission der Schweizerischen Bankiervereinigung mit diesen Fragen. Sie schloss ihre Arbeiten im September 1980 mit einem Entwurf zu Konditionen für Goldsammeldepots ab, der vom Verwaltungsrat der Bankiervereinigung im Oktober 1980 genehmigt wurde. Die Mitgliedbanken sind eingeladen worden, das neue Reglement ab Januar 1981 einzuführen. Diese Empfehlung lässt erwarten, dass eine gewisse Vereinheitlichung der heute recht unterschiedlich geregelten Edelmetallgeschäfte eintreten wird.

Die vorliegende Arbeit befasst sich zum einen mit jener Art der Sammelverwahrung, wie sie heute noch bei den meisten Instituten gehandhabt wird, mit der herkömmlichen Sammelverwahrung. Zum andern wird die kontomässige Sammelverwahrung dargestellt; dieses System liegt - in der Form des einheitlichen Konzeptes - dem Musterreglement der Bankiervereinigung zugrunde. Einer zusammenfassenden Darstellung jedes einzelnen Systems schliesst sich ein Vorschlag für entsprechende Konditionen an. Auszüge aus geltenden Depotreglementen und das erwähnte Reglement der Bankiervereinigung sind im Anhang abgedruckt.

Es ist mir ein aufrichtiges Bedürfnis, an erster Stelle Herrn Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz für die reiche Lehrzeit, die ich bei ihm als Assistentin verbringen darf, und für seine umsichtige Betreuung dieser Arbeit zu danken. Im weiteren möchte ich all jenen meinen Dank aussprechen, die auf irgendeine Weise einen Beitrag zu dieser Arbeit geleistet haben. Dieser Dank richtet sich namentlich an

Herrn Dr. Hugo von der Crone, Schweizerische Kreditanstalt, für die Freiheit, die ich in der Beschaffung der Informationen genoss, an Herrn Dr. Walter Egger, Schweizerische Kreditanstalt, der mir jederzeit für Fragen zur Verfügung stand, an Herrn Dr. Dieter Zobl, Zürcher Kantonalbank, für die fruchtbaren Diskussionen und an Herrn Prof. Dr. Ernst Kilgus für die Aufnahme der Dissertation in die Schriftenreihe "Bankwirtschaftliche Forschungen". Danken möchte ich aber auch meinen Kollegen lic. iur. Andreas Schlegel für die wertvollen Literaturhinweise, lic. iur. Rodolfo Straub für manchen guten Ratschlag und lic. iur. Henriette Pflügl sowie lic. iur. Fridolin Schiesser, die das Manuskript durchlasen. Mein herzlichster Dank gebührt schliesslich Frau Louise Naef, die die Reinschrift erstellte, und meiner Mutter, Frau Gustawa Zimmermann, die mir beim Korrekturlesen behilflich war.

Zürich, im November 1980

Folgenden Firmen und Institutionen möchte ich für die Bereitwilligkeit danken, mit der sie mir für Auskünfte zur Verfügung standen:

Schweizerische Bankgesellschaft,	Zürich
Schweizerischer Bankverein,	Basel
Schweizerische Kreditanstalt,	Zürich
Schweizerische Volksbank,	Zürich
Zürcher Kantonalbank,	Zürich
Bank Leu AG,	Zürich
Bank Rothschild AG,	Zürich
A. Sarasin & Cie, Banquiers,	Basel
J. Vontobel & Co., Banquiers,	Zürich
Schweizerische Bankiersvereinigung,	Basel
Eidgenössisches Amt für Edelmetallkontrolle,	Zürich
Eidgenössische Bankenkommission,	Bern
Metaux Précieux SA,	Neuchâtel
Valcambi SA,	Balerna

INHALTSÜBERSICHT

INHALTSVERZEICHNIS	8
EINLEITUNG	19
E.1. Ueberblick	19
E.2. Abgrenzung und Aufgabe der vorliegenden Arbeit	23
E.3. Individualdepot	24
E.4. Metallkonti	26
1. Kapitel	
HERLEITUNG UND EIGENART DES MITEIGENTUMS	37
1. Obligationenrechtliche Rechtsverhältnisse	37
2. Sachenrechtliche Rechtsverhältnisse und entsprechendes Kausalverhältnis	53
3. Eigenart des labilen Miteigentums	86
2. Kapitel	
GEGENSTAND UND ÖRTLICHE LAGE DER JEWELIGEN DEPOTBESTÄNDE	134
1. Gegenstand	134
2. Örtliche Lage	161
3. Kapitel	
DIE KONDITIONEN FÜR SAMMELVERWAHRUNG VON EDELMETALLEN	189
1. Geltung, Form und Inhalt der Konditionen im allgemeinen	189
2. Konditionen für die einzelnen Konzepte	200
ANHANG I - ANHANG IV	209
LITERATURVERZEICHNIS	227

INHALTSVERZEICHNIS

EINLEITUNG

E.1.	Ueberblick	19
E.1.1.	Individualdepot	19
E.1.2.	Herkömmliche Sammelverwahrung	20
E.1.3.	Kontomässige Sammelverwahrung	21
E.1.4.	Metallkonti	22
E.1.5.	Treuhänderische Edelmetallanlage	22
E.2.	Abgrenzung und Aufgabe der vorliegenden Arbeit	23
E.2.1.	Abgrenzung	23
E.2.2.	Aufgabe	24
E.3.	Individualdepot	24
E.3.1.	Gegenstand	24
E.3.2.	Anwendbare Rechtssätze	25
E.4.	Metallkonti	26
E.4.1.	Problematik der Qualifikation	26
E.4.2.	Weder Darlehen noch irreguläre Hinterlegung	27
E.4.3.	Kauf auf Abruf	28
E.4.4.	Kaufgegenstand	30
E.4.5.	Gefahrtragung	32
E.4.6.	Beimischung von Kontokorrentrecht	32
E.4.7.	Realisierung des Guthabens durch Uebertragung auf Dritte	34
E.4.8.	Realisierung des Guthabens gegenüber der Bank	35
E.4.9.	Konditionen	35

1. Kapitel

HERLEITUNG UND EIGENART DES MITEIGENTUMS 37

1. Obligationenrechtliche Rechtsverhältnisse 37

1.1. Bei der herkömmlichen Sammelverwahrung 37

1.1.1. Die verschiedenen Vertragsverhältnisse 37

1.1.1.1. Ueberblick 37

1.1.1.2. Parteien und Gegenstand des Kaufvertrages 38

1.1.1.3. Hinterlegungsvertrag 39

1.1.1.4. Verwaltungshandlungen 41

1.1.2. Erfüllung des Kaufvertrages 42

1.1.2.1. Im allgemeinen 42

1.1.2.2. Besitzverhältnisse 42

1.1.2.3. Besitzerwerb 45

1.1.2.4. Eigentumserwerb bei Alleineigentum der Bank 47

1.1.2.5. Eigentumserwerb bei Miteigentum der Bank 48

1.2. Bei der kontomässigen Sammelverwahrung 49

1.2.1. Die verschiedenen Vertragsverhältnisse 49

1.2.1.1. Ueberblick 49

1.2.1.2. Parteien und Gegenstand des Kaufvertrages 50

1.2.1.3. Tauschvertrag 51

1.2.1.4. Hinterlegungsvertrag 51

1.2.1.5. Verwaltungshandlungen 52

1.2.2. Erfüllung des Kauf- bzw. Tauschvertrages 52

1.2.2.1. Fragen des Besitzes 52

1.2.2.2. Erfüllung des Kaufvertrages 52

1.2.2.3. Erfüllung des Tauschvertrages 53

2. Sachenrechtliche Rechtsverhältnisse und entsprechendes Kausalverhältnis 53

2.1. Bei der herkömmlichen Sammelverwahrung	53
2.1.1. Ziel der Ausführungen und Interessenlage	53
2.1.1.1. Ziel der Ausführungen	53
2.1.1.2. Interessen der Bank	54
2.1.1.3. Interessen der Kunden	54
2.1.2. Art. 727 ZGB	56
2.1.2.1. Keine direkte Anwendung	56
2.1.2.2. Analoge Anwendung	59
2.1.3. Vertragliche Vereinbarung	60
2.1.3.1. Herleitung des Miteigentums aus dem Realakt der Vermengung	60
2.1.3.2. Bedeutung der Vereinbarung von Miteigentum im Sammelverwahrungsvertrag	61
2.1.3.3. Art. 484 OR und der Ausscheidungsanspruch	61
2.1.3.4. Struktur der Vereinbarung zwischen Bank und Kunde; der Sammeldepotvertrag	62
2.2. Bei der kontomässigen Sammelverwahrung	63
2.2.1. Ziel der Ausführungen und Interessenlage	63
2.2.1.1. Ziel der Ausführungen	63
2.2.1.2. Interessen der Kunden	63
2.2.1.3. Interessen der Bank	65
2.2.1.4. Einwand der Umgehung des Faustpfandprinzipes	66
2.2.2. Art. 727 ZGB	67
2.2.2.1. Keine direkte Anwendung	67
2.2.2.2. Keine analoge Anwendung	67
2.2.3. Art. 484 OR	68
2.2.3.1. Einführung	68
2.2.3.2. Edelmetallbarren als Waren im Sinne von Art. 482 OR	69

2.2.3.3.	Charakter und Zweck von Lager- geschäft bzw. Sammelverwahrung	71
2.2.3.4.	Systematische Stellung von Art. 484 OR im Gesetz	72
2.2.3.5.	Verhältnis zwischen Art. 727 ZGB und Art. 484 OR	73
2.2.3.6.	Rechtsnatur von Art. 484 OR	74
2.2.3.7.	Keine analoge Anwendung von Art. 484 OR	76
2.2.4.	Vertragliche Begründung des Miteigentums	76
2.2.4.1.	Einleitung	76
2.2.4.2.	Beitritt zur Sammelverwahrungs- gemeinschaft	77
2.2.4.3.	Veränderungen im Umfang des Sammelverwahrungsbestandes	79
2.2.4.4.	Parteien des Vertrages über die Miteigentumsbegründung	80
2.2.4.5.	Bedeutung und Inhalt des Miteigentumsbegründungsvertrages	81
2.2.4.6.	Zulässigkeit des Selbstkontrahierens	83
2.2.4.7.	Struktur der Vereinbarungen zwischen Bank und Kunde	83
2.2.4.8.	Benennung und Definition des Vertrages über die kontomässige Sammelverwahrung (Sammelkontovertrag)	85
3.	Eigenart des labilen Miteigentums	86
	Vorbemerkung	86
3.1.	Bei der herkömmlichen Sammelverwahrung	87
3.1.1.	Verfügungen des Miteigentümers	87
3.1.1.1.	Verfügungen über den Anteil	87
3.1.1.2.	Herleitung des selbständigen Ausscheidungsanspruches	90
3.1.1.3.	Rechtsnatur des Ausscheidungs- anspruches	92
3.1.1.4.	Gegenstand des Ausscheidungs- anspruches	95
3.1.1.5.	Realobligation zum Abschluss des Sammeldepotvertrages	95

3.1.2. Gemeinschaft der Miteigentümer	96
3.1.2.1. Im allgemeinen	96
3.1.2.2. Verwaltungsordnung	99
3.1.3. Weitere Einzelfragen	100
3.1.3.1. Zeitpunkt der Entstehung des Miteigentums	100
3.1.3.2. Grösse des Miteigentumsanteils	102
3.1.3.3. Prinzip des numerus clausus dinglicher Rechte	103
3.1.3.4. Retentionsrecht des Drittverwahrers	103
3.1.3.5. Tragung allfälliger Verluste	105
3.1.3.6. Zwangsvollstreckung	106
3.2. Bei der kontomässigen Sammelverwahrung	108
3.2.1. Verfügungen des Miteigentümers	108
3.2.1.1. Veräusserung des Anteils	108
3.2.1.2. Realobligation zum Abschluss des Sammelkontovertrages	109
3.2.1.3. Belastung des Miteigentumsanteils	110
3.2.1.4. Herleitung des selbständigen Ausscheidungsanspruches	111
3.2.1.5. Rechtsnatur des Ausscheidungsanspruches	112
3.2.1.6. Gegenstand des Ausscheidungsanspruches	113
3.2.2. Gemeinschaft der Miteigentümer	115
3.2.2.1. Im allgemeinen	115
3.2.2.2. Verwaltungsordnung	116
3.2.2.3. Rechtsstellung der Bank als Verwahrerin	119
3.2.2.4. Substitution der Verwahrerin im besonderen	121
3.2.3. Weitere Einzelfragen	123
3.2.3.1. Zeitpunkt der Entstehung des Miteigentums	123

3.2.3.2. Grösse des Miteigentumsanteils	123
3.2.3.3. Prinzip des numerus clausus dinglicher Rechte	124
3.2.3.4. Retentionsrecht des Drittverwahrers	125
3.2.3.5. Tragung allfälliger Verluste	126
3.2.3.6. Zwangsvollstreckung	126
3.3. Verhältnis der beiden Konzepte	127
3.3.1. Miteigentum an Miteigentum	127
3.3.1.1. Sachverhalt und Problemstellung	127
3.3.1.2. Rechtslage bei Miteigentum an Miteigentum	128
3.3.2. Möglichkeiten zur Vereinfachung der Rechtslage	131
3.3.2.1. Räumliche Trennung	131
3.3.2.2. Einheitliches Konzept	131
3.3.2.3. Behandlung der Münzen	133
2. Kapitel	
GEGENSTAND UND ÖRTLICHE LAGE DER JEWEILIGEN DEPOTBESTÄNDE	134
1. Gegenstand	134
1.1. Bei der herkömmlichen Sammelverwahrung	134
1.1.1. In rechtlicher Hinsicht	134
1.1.1.1. Barren einer bestimmten Gattung	134
1.1.1.2. Sachgesamtheit und Spezialitätsprinzip	135
1.1.1.3. Nur vertretbare Barren	136
1.1.2. In tatsächlicher Hinsicht	139
1.1.2.1. Die einzelnen Metalle	139
1.1.2.2. Die anerkannten Prägeanstalten	139
1.1.2.3. Münzen	140
1.1.2.4. Plättchen und kleine Barren	142
1.1.2.5. Keine Standardbarren	142

1.2. Bei der kontomässigen Sammelverwahrung	143
1.2.1. In rechtlicher Hinsicht	143
1.2.1.1. Keine Mengensache	143
1.2.1.2. Sachgesamtheit und Spezialitätsprinzip	144
1.2.1.3. Teilbarkeit ist nicht erforderlich	144
1.2.2. In tatsächlicher Hinsicht	145
1.2.2.1. Edelmetall einer bestimmten Mindestfeinheit	145
1.2.2.2. Die einzelnen Metalle und die anerkannten Prägeanstalten	146
1.2.2.3. Münzen und Medaillen	146
1.2.2.4. Plättchen und kleine Barren	147
1.2.2.5. Standardbarren	148
1.2.2.6. Besonderheiten bei Gold, das durch den Goldpool eingekauft wird	148
1.2.2.7. Keine Legierungen	149
1.2.2.8. Keine Erze	150
1.2.2.9. Keine Lieferansprüche	150
1.2.3. Verarbeitung von Metallen in der Schmelzerei	151
1.2.3.1. Berührungspunkte	151
1.2.3.2. Sachverhalt	152
1.2.3.3. Problemstellung	154
1.2.3.4. Metall im Raffinierungsprozess	155
1.2.3.5. Metall, das lediglich umgeschmolzen wird	158
1.2.3.6. Einbezug in den Depotbestand bei Einzelverarbeitung möglich	159
1.2.3.7. Separater Verarbeitungsprozess für das Umschmelzen von Barren	160
2. Örtliche Lage des Depotbestandes	161
Vorbemerkung	161
2.1. Verwahrung in der Schweiz	161
2.1.1. Im eigenen Tresor und in Einzelverwahrung	161
2.1.1.1. Im Banktresor	161

2.1.1.2. Im Zollfreilager	162
2.1.1.3. In Drittverwahrung	163
2.1.2. In Sammelverwahrung	163
2.1.2.1. Anwendungsfälle	163
2.1.2.2. Insbesondere bei Banken	164
2.2. Verwahrung im Ausland	165
2.2.1. Sachverhalt und anwendbares Recht	165
2.2.1.1. Sachverhalt	165
2.2.1.2. Anwendbares Recht	165
2.2.1.3. Besonderheiten im Verkehr mit eigenen Zweigniederlassungen	167
2.2.2. Voraussetzungen der Zulässigkeit der Verwahrung im Ausland	168
2.2.2.1. Zustimmung des Kunden	168
2.2.2.2. Anforderungen an die ausländische Rechtsordnung im allgemeinen	169
2.3. Die Anforderungen an die ausländische Rechtsordnung im besonderen	170
Vorbemerkung: Ziel und Zweck	170
2.3.1. Allgemeiner Inhalt des Eigentumsrechtes	171
2.3.2. Privatrechtliche Aspekte	173
2.3.2.1. Das Recht des Kunden als dingliches Recht	173
2.3.2.2. Das Recht des Kunden als Vollherrschaftsrecht	174
2.3.2.3. Das Recht des Kunden als gemein- schaftliches und dennoch selbständiges Recht	174
2.3.3. Öffentlichrechtliche Aspekte	176
2.3.3.1. Schutz durch Art. 64 und Art. 3 BV und Art. 2 der Uebergangs- bestimmungen der BV	176
2.3.3.2. Schutz durch Art. 22ter BV	177
2.3.3.3. Zum öffentlichen Interesse im besonderen	178

2.3.3.4. Zwangsvollstreckung	179
2.3.4. Zusammenfassung	180
2.4. Kauf im Ausland und Transport in die Schweiz	180
Vorbemerkung	180
2.4.1. Kaufvertrag	181
2.4.1.1. Parteien des Kaufvertrages	181
2.4.1.2. Auf obligationenrechtliche Fragen anwendbares Recht	182
2.4.1.3. Auf den Eigentumsübergang anwend- bares Recht	182
2.4.1.4. Exkurs: Eigentumserwerb beim Kauf von Gold durch einen Kommissionär	184
2.4.2. Transport in die Schweiz	185
2.4.2.1. Anwendbares Recht	185
2.4.2.2. Zum Zeitpunkt der Einbeziehung in den Sammelbestand	186
3. Kapitel	
DIE KUNDENVERWALTUNG VON EDELMETALLEN	189
1. Geltung, Form und Inhalt der Konditionen im allgemeinen	189
1.1. Geltung	189
1.1.1. Gegenüber neuen Kunden	189
1.1.1.1. Allgemeines	189
1.1.1.2. Zustimmung	190
1.1.1.3. Unter Banken	192
1.1.2. Gegenüber bisherigen Kunden bei Konzeptänderungen	193
1.1.2.1. Zustimmung	193
1.1.2.2. Schweigen	194
1.1.2.3. Informationspflicht der Bank	197
1.2. Form und Inhalt	198
1.2.1. Form	198

1.2.1.1.	Bisherige Handhabung	198
1.2.1.2.	Empfehlenswert sind separate Konditionen	198
1.2.2.	Inhalt	199
1.2.2.1.	Allgemeines und Verhältnis zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen	199
1.2.2.2.	Konsequenzen der Ungewöhnlichkeits- regel beim Sammelkonto	199
2.	Konditionen für die einzelnen Konzepte	200
	Vorbemerkung	200
2.1.	Herkömmliche Sammelverwahrung	201
2.1.1.	Zusammenfassung	201
2.1.2.	Konditionen	202
2.2.	Kontomässige Sammelverwahrung	203
2.2.1.	Zusammenfassung	203
2.2.2.	Konditionen	204
2.3.	Einheitliches Konzept	205
	Vorbemerkung	205
2.3.1.	Zusammenfassung	205
2.3.2.	Konditionen	207
ANHANG	I : Auszug aus den Instruktionen des Zentralamtes für Edelmetallkontrolle	209
ANHANG	II : Auszüge aus den Reglementen für die Sammelverwahrung von Edelmetallen	215
ANHANG	III : Beispiele von Konditionen für gewöhnliche Metallkonti	221
ANHANG	IV : Musterreglemente der Schweizerischen Bankiervereinigung	224
	LITERATURVERZEICHNIS	227

EINLEITUNG

E.1. Ueberblick

Die Banken kennen unterschiedliche Verträge zur Verwahrung von Edelmetallen ¹⁾. Der Ausdruck "Verwahrung" wird hier vorerst in einem rein wirtschaftlichen Sinne verwendet; dies ermöglicht, alle diejenigen Edelmetallbestände einzubeziehen, die wirtschaftlich Fremdbestände darstellen. Zwischen der Handhabung dieser Geschäfte bei den einzelnen Instituten bestehen beträchtliche Unterschiede, doch lassen sich grob fünf Gruppen erkennen, die gleich anschliessend kurz dargestellt werden ²⁾.

E.1.1. Individualdepot

Bei allen Banken existiert die Einzelverwahrung von Barren und Münzen. Beim Individualdepot liegen einzelne Barren oder Münzen mit dem Namen ³⁾ des Eigentümers bezeichnet, ausgeschieden, aber neben den Werten anderer Kunden, im hauseigenen Tresor ^{4) 5)}. Im Depotauszug sind die einzelnen Barren mit Gewicht, Feinheit und ihren

-
- 1) Gold, Silber, Platin und Palladium. Da in der Praxis nur für Gold sämtliche Vertragsarten existieren, wird in dieser Arbeit oft nur dieses Metall erwähnt. Die Ausführungen sind aber analog auch für die anderen Edelmetalle gültig.
 - 2) Auf die Verwahrung von Edelmetallen im persönlichen Safe des Kunden wird nicht eingegangen, da sich keine besonderen Probleme stellen.
 - 3) Allenfalls auch mit einer besonderen Referenznummer oder der Nummer des entsprechenden Erwerbsgeschäftes.
 - 4) Nach den mir erteilten Auskünften besteht für einzelverwahrtes Edelmetall keine Drittverwahrung.
 - 5) Von diesen offenen Depots sind die geschlossenen zu unterscheiden; dort wird das Edelmetall in einem verschlossenen Paket oder Sack der Bank übergeben, die keine Kenntnis von der genauen Identität des Inhaltes erlangt.

Nummern ⁶⁾ aufgeführt, bei den Münzen figurieren Art und Jahrgang.

Wesentlich ist, dass das Individualdepot in den verschiedenen Instituten ein unterschiedliches Ansehen genießt. Ist es bei den einen, insbesondere bei Privatbanken, die einzige Form, in der der Kunde am Edelmetall dinglich berechtigt ist ⁷⁾ - so vor allem an Platin und Palladium -, verliert es andernorts immer mehr an Bedeutung, sei es dass vertretbare Barren und Münzen ⁸⁾ nur noch auf ausdrücklichen Wunsch des Kunden einzelverwahrt werden und die Depotgebühren auch entsprechend hoch angesetzt sind, sei es dass Werte zur Einzelverwahrung nur verschlossen entgegengenommen werden, was die Haftung der Bank begrenzt.

E.1.2. Herkömmliche Sammelverwahrung

Eine zweite Möglichkeit bildet die herkömmliche Sammelverwahrung, wie ich sie im Hinblick auf ihr Aufkommen Mitte der siebziger Jahre nennen möchte ⁹⁾. Eine räumliche Trennung erfolgt einzig nach Gattungen; weder die Bestände der einzelnen Kunden, noch die Eigenbestände ¹⁰⁾ der Bank sind ausgeschieden. Die Barren lagern sowohl in hauseigenen Tresoranlagen als auch bei Drittpersonen in der Schweiz und im Ausland. Von Bank zu Bank variieren die hier einbezogenen Barren- und Münzensorten ¹¹⁾.

6) Zur Numerierung der Barren allgemein hinten S. 137.

7) Die Bedeutung des Individualdepots wird sich durch das im Vorwort erwähnte Musterreglement der Schweizerischen Bankiervereinigung für Goldsammeldepots weiter verringern.

8) Dazu hinten S. 136 f.

9) Gleichbedeutend wird der Ausdruck Sammeldepot verwendet.

10) 1. Kapitel, Anm. 12

11) Dazu im einzelnen hinten S. 139 ff.

Diese Verwahrungsart existierte im Oktober 1980 bei der Mehrzahl der befragten Institute.

E.1.3. Kontomässige Sammelverwahrung

Eine weitere Form ist die kontomässige Sammelverwahrung; ich wähle diese Bezeichnung zur Abgrenzung gegenüber den unten zu beschreibenden Metallkonti. Der bedeutungsgleiche Ausdruck Sammelkonto ¹²⁾ dient auch der Unterscheidung gegenüber der herkömmlichen Sammelverwahrung, dem Sammeldepot. Hier wird ein zum Teil auf Unzen, zum Teil auf Kilogramm lautendes Depot eröffnet, dessen Bestand kontomässig aufgezeichnet ist ¹³⁾. Dadurch erwirbt der Kunde einen Mit-eigentumsanteil an Edelmetall einer bestimmten Mindestfeinheit, nämlich derjenigen der entsprechenden Standardbarren ¹⁴⁾. Die Zusammensetzung des Bestandes variiert von Bank zu Bank: Neben physischem Edelmetall wurde auch der Einbezug von Lieferansprüchen, sog. Claims, in Erwägung gezogen ¹⁵⁾.

Im Oktober 1980 vertrat nur eine einzelne Bank dieses Konzept. Es bildet - in der Form des sog. einheitlichen Konzeptes ¹⁶⁾ - die Grundlage des den Banken von der Bankiervereinigung per 1. Januar 1980 zur Einführung empfohlenen Systems. Zu betonen ist, dass die vorliegende Arbeit in ihrer Terminologie von jenem Reglement abweicht. Was dort Sammeldepot genannt wird, heisst hier Sammelkonto;

12) Dazu im einzelnen hinten S. 86.

13) Die Verwendung des Ausdruckes "Konto" sagt nichts über die Rechtsnatur der Berechtigung des Kunden aus, sondern beschreibt nur, wie deren Umfang buchhalterisch dargestellt wird.

14) Dazu hinten Anm. 42.

15) Dazu im einzelnen hinten S. 150 f.

16) Hinten S. 131 ff.

der erste Ausdruck bezeichnet in diesem Zusammenhang die herkömmliche Sammelverwahrung.

E.1.4. Metallkonti

Eine vierte Variante bilden gewöhnliche Metallkonti, die dem Kunden einen lediglich obligatorischen Anspruch ¹⁷⁾ auf Lieferung von Edelmetall einer bestimmten Mindestfeinheit ¹⁸⁾ verleihen. Bei einigen Banken existieren Metallkonten auch für Münzen. Die Banken verlangen meist ein gewisses Minimalguthaben, und auch Gutschriften und Belastungen müssen in Beträgen einer bestimmten Mindestgrösse ¹⁹⁾ erfolgen. Die Guthaben werden nicht verzinst, und es wird vom Kunden ein "Kommission" genanntes Entgelt verlangt.

Obwohl die meisten Institute diese Metallkonti kannten, existierten im Oktober 1980 nur bei den wenigsten schriftliche Konditionen ²⁰⁾. Deshalb hat die Schweizerische Bankiervereinigung auch für dieses Geschäft ein Musterreglement entworfen, das im Anhang IV dieser Arbeit abgedruckt ist.

E.1.5. Treuhänderische Edelmetallanlage

Bei dieser fünften und letzten Möglichkeit lässt die Bank die Edelmetallbarren in ihrem eigenen Namen, aber auf Rechnung und Gefahr

17) Diese Forderungen werden auch Claims genannt.

18) Dazu hinten Anm. 42.

19) Diese Beträge variieren je nach Metall (Gold 32 oz, Silber 1000 oz, Platin und Palladium 50 oz). Sie haben zum Ziel, dem kleinen Sparer solche Geschäfte zu verunmöglichen. Die SKA kennt deshalb ausser den eben erwähnten noch besondere, diesen Beschränkungen nicht unterworfenen Konten.

20) Beispiele im Anhang III am Schluss dieser Arbeit, S. 221 ff.

des Kunden bei einem Dritten verwahren. Dieses Geschäft untersteht nicht den Normen des Hinterlegungsvertrages, sondern den Regeln des allgemeinen Treuhandrechtes ²¹⁾.

E.2. Abgrenzung und Aufgabe der vorliegenden Arbeit

E.2.1. Abgrenzung

Die erwähnten Metallkonti wurden eingeführt, als der private Goldhandel verboten war ²²⁾. Sie haben aber heute in zweierlei Hinsicht eine neue Bedeutung erhalten: Einerseits im Zusammenhang mit der Warenumsatzsteuer ²³⁾, andererseits mit Fragen der Bilanzierung und mit Art. 6 Banken G sowie Art. 23 f. Banken V. Diese beiden Problemkreise werden in der vorliegenden Arbeit nicht erläutert, sind aber insofern von Bedeutung, als sie auch die Diskussion zivilrechtlicher Fragen um die Verwahrung von Edelmetallen durch die Banken neu belebt haben.

Sowohl die Einzelverwahrung als auch die Metallkonti sollen nicht im Hauptteil dieser Arbeit besprochen werden; ihr Beizug dient dort lediglich Vergleichszwecken. Dennoch werden in den nachfolgenden beiden Abschnitten ²⁴⁾ ihre rechtliche Natur und einige Besonderheiten kurz dargestellt. Nicht behandelt wird auch die treuhänderi-

21) Vgl. dazu insbesondere Thomas Staehelin, Die Treuhandanlage (Diss Basel 1973; in Maschinenschrift).

22) Kaderli 337.

23) Während der Kauf von Edelmetallen in Einzelverwahrung, in herkömmlicher und in kontomässiger Sammelverwahrung die Wust auslöst, ist der Handel via Metallkonto steuerfrei. Vgl. zum Ganzen das Zirkular Nr. 483 D der Schweizerischen Bankiervereinigungen vom 26. Juni 1980.

24) E.3., S. 24 für die Einzelverwahrung; E.4., S. 26 für die Metallkonti.

sche Edelmetallanlage. Ueber ihr Verhältnis zur Verwahrung von Barren im Ausland vgl. die Ausführungen hinten ²⁵⁾.

E.2.2. Aufgabe

Im Zentrum der Arbeit stehen die herkömmliche und die kontomässige Sammelverwahrung. Die zentralen Fragen bilden einerseits die Herleitung des Miteigentums ²⁶⁾ und seine Ausgestaltung ²⁷⁾, andererseits sein jeweiliges Substrat, und zwar sowohl in sachlicher ²⁸⁾ als auch in örtlicher ²⁹⁾ Hinsicht. Dabei werden auch die Rechtsbeziehungen zwischen den Edelmetallsschmelzereien und deren Kunden gestreift ³⁰⁾. Ferner wird auf das sog. einheitliche Konzept eingegangen ³¹⁾. Schliesslich sind noch einige Fragen im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu beantworten ³²⁾.

E.3. Individualdepot

E.3.1. Gegenstand

In Einzelverwahrung werden Edelmetalle selbstverständlich dann entgegengenommen, wenn die Bank keine andere Verwahrungsart kennt und wenn der Kunde ausdrücklich ein Individualdepot wünscht. Daneben schreibt die Bank diese Art in bestimmten Fällen selber zwingend

25) S. 122.

26) Dazu S. 53 ff.

27) Dazu S. 86 ff.

28) Dazu S. 134 ff.

29) Dazu S. 161 ff.

30) Dazu S. 151 ff.

31) Dazu S. 131 ff.

32) Dazu S. 189 ff.

vor: so bei sämtlichen Barren, die in Bezug auf Gewicht oder Feinheit von den marktgängigen abweichen, oder die bezüglich Zertifikat oder Prägestempel den handelsüblichen Anforderungen nicht entsprechen, ferner bei allen Münzen mit Sammlerwert. Insbesondere kleinere und Privatinstitute kennen auch für die Standardbarren³³⁾ nur die Einzelverwahrung^{34) 35)}.

E.3.2. Anwendbare Rechtsätze

Beim Individualdepot wird ein gewöhnlicher Hinterlegungsvertrag abgeschlossen (Art. 472 ff. OR). Die Bank als Aufbewahrerin verpflichtet sich, einen Goldbarren, den der Kunde ihr anvertraut, zu übernehmen und in ihren Tresorräumen sicher aufzubewahren. Eine Vergütung, die sogenannte Depotgebühr, ist gemäss den allgemeinen Geschäftsbedingungen geschuldet oder ergibt sich aus den Usancen³⁶⁾. Für Einzelheiten kann auf die Literatur zum Hinterlegungsvertrag verwiesen werden³⁷⁾.

Im Gegensatz zur Verwahrung von Wertschriften, bei der verschiedene Autoren und Entscheide einer Kombination mit Auftragsrecht das Wort reden³⁸⁾, liegt hier ein reiner Hinterlegungsvertrag vor, erfordert doch die Wartung des Goldes keinerlei spezielle Tätigkeiten,

33) Dazu die Ausführungen hinten S. 137.

34) Vgl. aber vorn Anm. 7.

35) Dies scheint mir bemerkenswert; von diesen Banken wird offenbar Wert darauf gelegt, dass der Kunde, der Auslieferung verlangt, genau den von ihm hinterlegten Barren erhält.

36) So auch Treyvaud 38.

37) Vgl. insbesondere die bei Gautschi vor der Kommentierung der einzelnen Artikel angeführte Literatur sowie Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 649 ff.

38) Vgl. Anm. 344 im 1. Kapitel.

ausser dass die entsprechenden Räumlichkeiten zur Verfügung gehalten werden ³⁹⁾.

E.4. Metallkonti

E.4.1. Problematik der Qualifikation

Wie vorn ⁴⁰⁾ erwähnt, erwirbt der Kunde gegen die Bank einen obligatorischen Anspruch auf Lieferung einer bestimmten Menge Edelmetall einer gewissen Feinheit, derjenigen von "international good delivery bars" ⁴²⁾ ⁴¹⁾. Die Forderung kann jederzeit ⁴³⁾ geltend gemacht werden, der Kunde ist aber nicht dazu verpflichtet. Es ist durchaus möglich, ja sogar üblich, dass er von seinem Bezugsrecht keinen Gebrauch macht und das Edelmetall bei der Bank belässt.

Es gilt nun, dieses Geschäft seinem Wesen entsprechend rechtlich zu qualifizieren. Zu prüfen sind m.E. drei Möglichkeiten: Darlehen, depositum irregulare und Kauf auf Abruf.

39) Dazu hinten S. 99 und insbesondere Anm. 345 im 1. Kapitel.

40) Vorn S. 22.

41) Solche Barren werden in der Regel auch geliefert. Dem Kunden kann das Recht zustehen, Einheitsbarren zu beziehen; auch die Bank kann sich vorbehalten, mit solchen Barren zu erfüllen. In beiden Fällen gehen die Fabrikationszuschläge (dazu 2. Kap., Anm. 53) zu Lasten des Kunden, da sich seine Forderung nur auf denjenigen Wert des Metalles bezieht, der sich aus dessen Goldgehalt und nicht aus der Form des Barrens ergibt.

42) Sie betragen für Gold 995/1000, für Silber und Palladium 999/1000 und für Platin 999,5/1000. Zu den anerkannten Schmelze-reien vgl. hinten S. 139, zum Gewicht der Barren hinten S. 148.

43) Die vorbehaltene Lieferfrist von üblicherweise zwei Werktagen beruht auf technisch-administrativen Gründen und gibt zu keinerlei Beanstandungen Anlass.

E.4.2. Weder Darlehen noch irreguläre Hinterlegung

Beim Darlehen verpflichtet sich der Darleiher zur Uebertragung des Eigentums an vertretbaren Sachen, der Borger zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte (Art. 312 OR). Abgesehen davon, dass zeitlich vor den Abschluss des Darlehensvertrages ein Kaufvertrag eingeschoben werden müsste⁴⁴⁾, kann dieser Vertragstypus schon deshalb ausgeschlossen werden, weil nur vertretbare Sachen Gegenstand eines gewöhnlichen Darlehens sein können. Die Standardbarren, die in der Regel zur Deckung dieser Ansprüche dienen, sind aber nicht vertretbar⁴⁵⁾. Sie sind aber dennoch Gattungssachen⁴⁶⁾; also liegt auch kein contractus mohatrae, kein Darlehen einer Speciessache vor⁴⁷⁾. Gegen ein Darlehen spricht auch, dass der Zweck des Vertrages nicht in der vorübergehenden Nutzung des Edelmetalls durch die Bank liegt. Vielmehr ist der Kunde an einer sicheren Geldanlage interessiert. Weitere Gründe gegen die Annahme eines Darlehens sind die Gebühr, die der Kunde entrichten muss⁴⁸⁾, die vom Gesetz zwingend vorgeschriebene Art

44) Damit der Kunde der Bank das Eigentum an den Barren übertragen könnte, müsste er ja vorerst Eigentümer des Goldes geworden sein. Schwierigkeiten ergeben sich für die Konstruktion dieses Verfügungsgeschäftes schon daraus, dass der Kaufgegenstand nur in den wenigsten Fällen einer Sache im Rechtssinne entspricht (dazu S. 31). Darüberhinaus scheint es mir auch problematisch, einen Eigentumserwerb überhaupt zu befürworten, da er nur eine "logische Sekunde" dauern könnte. (Zu dieser im Zusammenhang mit der Figur der Anwartschaftsrechte oft diskutierten Frage vgl. insbesondere Lempenau, Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei Uebertragung künftiger Rechte [Bad Homburg 1968] 63 f. und dort zit. Autoren; ferner zur entsprechenden Problematik beim Handkauf: Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 N 106).

45) Dazu hinten S. 138.

46) Dazu hinten S. 138, Anm. 21.

47) Christ, Darlehen, SPR VII/2, 232 f.

48) Vgl. dazu: ABMK SBG Ziff. 3; KCK SKA Ziff. 6.

der Berechnung der Darlehensvaluta ⁴⁹⁾ und insbesondere die Tatsache, dass Einlagen auf Edelmetallkonti nicht verzinst werden ^{49a)}.

Das Vorliegen eines irregulären Hinterlegungsvertrages (Art. 481 OR) scheitert ebenfalls daran, dass die Standardbarren nicht vertretbar sind. Nicht vertretbare Sachen können nur ins reguläre Depot gegeben werden ^{50) 51)}.

E.4.3. Kauf auf Abruf

Der Ausdruck, der von Guhl ⁵²⁾ im Zusammenhang mit einem Sukzessivlieferungsvertrag verwendet wird, bei dem der Käufer den Zeitpunkt der einzelnen Lieferungen jeweils kurzfristig bestimmen darf, findet bei Giger ⁵³⁾ und Cavin ⁵⁴⁾ keine Erwähnung, ist aber allgemein verständlich. Kauf auf Abruf bezeichnet einen Kaufvertrag, bei dem der Käufer den Zeitpunkt oder die Frist für die Erfüllung durch den Verkäufer nach Vertragsabschluss einseitig festsetzen darf ⁵⁵⁾.

Im Unterschied zum vorliegenden Sachverhalt ist der Käufer gewöhnlich daran interessiert, über die gekauften Sachen einmal tatsäch-

49) Art. 317 Abs. 1 und 2 OR.

49a) KCK SKA Ziff. 4 und Musterreglement der Schweizerischen Bankiervereinigung Ziff. 4.

50) So ausdrücklich Eigenbroth 9; Gautschi, Art. 481 N 1 a f. und Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 696 aus dem Zusammenhang.

51) Auch bei einer solchen Subsumption würde der vorn Anm. 44 angeführte Vorbehalt zum Eigentumserwerb gelten.

52) Guhl/Merz/Kummer 305.

53) Berner Kommentar zum Kaufsrecht.

54) Kaufvertrag, SPR VII/1, 1 ff.

55) Oftinger, Bundesgerichtspraxis 155.

lich zu verfügen. Er möchte lediglich den ihm günstig scheinenden Moment für den Bezug selber bestimmen. Der Bankkunde, der ein Edelmetallkonto eröffnet, beabsichtigt hingegen nur in Ausnahmefällen, physisch über das Edelmetall zu disponieren. Die Bezugsmöglichkeit an sich genügt ihm ⁵⁶⁾. Kernfrage ist deshalb, ob bei dieser Situation wirklich noch von einem Kauf gesprochen werden kann ⁵⁷⁾.

Giger ⁵⁸⁾ bezeichnet als zentrales Anliegen des Kaufes den Umsatz, den Austausch von Kaufgegenstand und Geld, beim Edelmetallkauf also von Barren und Kaufpreis. Dabei weist der Autor ausdrücklich darauf hin, dass der Umsatz selber nicht Begriffsmerkmal, sondern lediglich Erfüllungshandlung sei.

Auch bei der vorliegenden Gutschrift auf ein Metallkonto ist die Bank verpflichtet, dem Kunden rechtliche und tatsächliche Verfügungsmacht über das Edelmetall zu verschaffen ⁵⁹⁾. Wie beim gewöhnlichen Kaufvertrag könnte sie also gezwungen werden, dem Kunden den Vertragsgegenstand zu übereignen. Ob der Käufer, d.h. der Kontoinhaber, dann auch tatsächlich Eigentum erwirbt, hängt nicht von der Bank, sondern davon ab, ob der Kunde seinen Anspruch auch tatsächlich geltend macht. Betrachtet man die Verpflichtung der Bank,

56) Diese Bezugsmöglichkeit besteht zum mindesten rechtlich. Man muss sich aber bewusst sein, dass die Bank nicht verpflichtet ist, den entsprechenden Goldbestand physisch zu horten. Gerade bei den vielen Beziehungen der Banken untereinander ist es nicht undenkbar, dass Claims gegen eine Bank auch ihrerseits wieder nur durch Claims gegen eine weitere Bank gedeckt sind. Dies könnte im Zusammenhang mit Massenbezügen zu Liquiditätsschwierigkeiten führen.

57) Dass die Banken von dieser Vorstellung ausgehen, zeigt beispielsweise ABMK SBG Ziff. 2: "Der Forderungsberechtigte kann uns das Metall aber auch jederzeit wieder verkaufen". Auf die Konstruktion dieser Transaktion wird hinten S. 35 eingegangen.

58) Art. 184 N 6.

59) Cavin, Kaufvertrag, SPR VII/1, 2.

steht somit nichts entgegen, dieses Geschäft als Kauf zu qualifizieren.

Es gilt nun noch zu prüfen, ob auch die Intentionen des Kunden diese Subsumption zulassen. Der Edelmetallkauf unterscheidet sich wie erwähnt vom Alltagsgeschäft sehr wesentlich, weil der Käufer hier nicht primär den Eigentumserwerb beabsichtigt. Hingegen ist er, wie jeder andere Käufer, verpflichtet, den Kaufpreis zu bezahlen. Wesentlich ist, dass der Umsatz von Geld gegen Ware zwar beginnt, insofern als der Kaufpreis dem Kunden belastet wird, aber - im Gegensatz zur eben geschilderten Situation auf der Seite des Verkäufers - nicht vollendet wird, insofern als dem Kontoinhaber noch obliegt, den Zeitpunkt der Lieferung festzulegen und deshalb der Eigentumserwerb vorläufig aussteht. Der Kunde hat jedoch jederzeit die Möglichkeit, dieses fehlende Merkmal zu setzen, indem er Lieferung verlangt ⁶⁰⁾. Auch wenn somit - mangels Eigentumsverschiebung - aus rechtlicher Sicht der Umsatz noch keinen Abschluss gefunden hat, ist er vom wirtschaftlichen Standpunkt aus perfekt. Da der Eintritt des fehlenden Tatbestandteils allein von jener Partei bewirkt werden kann, der er zugute kommt, ist die Qualifikation als Kauf auf Abruf nicht zu beanstanden ⁶¹⁾.

Nachfolgend sollen noch einige Spezialfragen erläutert werden.

E.4.4. Kaufgegenstand

Gekauft wird eine bestimmte Gewichtseinheit Feinmetall ⁶²⁾. Die Frage, ob der Kaufgegenstand genügend bestimmt sei, muss unter zwei

60) Die Lieferfrist beträgt in der Regel zwei Tage.

61) In den Gesprächen mit Bankvertretern ergab sich, dass dies auch die gängige interne Qualifikation des Geschäftes ist.

62) Zu den Mindestmengen vgl. vorn Anm. 19.

Gesichtspunkten betrachtet werden: dem der Masseinheit und dem der Form des Metalles.

Der Anspruch geht auf eine gewisse Menge Metall fein ⁶³⁾. Neben dem Gewicht des Goldes ist demnach auch der Goldgehalt pro Einheit wesentlich. Die Masseinheit ist flexibel, doch bestimmt das Produkt aus Feinheit und Gewicht die zu liefernde Sache in eindeutiger Weise ⁶⁴⁾.

Andererseits entspricht die gekaufte Menge nur zufällig dem Gewicht eines einzelnen oder einer Summe vorhandener Barren ⁶⁵⁾. Der Kaufgegenstand findet also vorerst keine Entsprechung in einer Sache im juristischen Sinn ⁶⁶⁾. Lehre und Rechtsprechung anerkennen indessen die Zulässigkeit des Kaufs einer künftigen Sache ⁶⁷⁾. Diese Betrachtungsweise entspricht dem vorliegenden Sachverhalt: Wenn der Kunde nämlich die Auslieferung des ihm gutgeschriebenen Metalls verlangt, wird eine dem Gewicht möglichst ⁶⁸⁾ entsprechende Barrenmenge ausgesondert. Jetzt richtet sich die Forderung des Käufers auf Sachen im Rechtssinne ⁶⁹⁾.

63) Zu den Mindestfeinheiten vgl. vorn Anm. 42.

64) Dazu KCK SKA Ziff. 1 Abs. 3.

65) Zu den Gewichtsdivergenzen bei den Standardbarren vgl. hinten S. 148.

66) Dazu Meier-Hayoz, Syst. Teil N 59 ff.

67) Giger, Art. 184 N 26; Guhl/Merz/Kummer 295.

68) Im Handel zwischen Banken und Brokern herrscht die Usanz, dass der Verkäufer die Barren nach seinem Gutdünken aussuchen darf. Damit ist ihm eine optimale Ausnützung von Kursschwankungen möglich.

69) Die Differenz zwischen Lastschrift und Effektivgewicht wird in Geld abgerechnet; dazu ABMK SBG Ziff. 4, KCK SKA Ziff. 3 Abs. 3.

E.4.5. Gefahrtragung

Der Edelmetallkauf ist ein Gattungskauf; nach dem Willen der Parteien ⁷⁰⁾ kann durch Lieferung irgendeines Metallbarrens, der den Anforderungen der "international good delivery" entspricht, gehörig erfüllt werden ⁷¹⁾. Demnach hat die Bank nach Art. 185 Abs. 2 OR die Gefahr zufälligen Untergangs der Sache bis zu dem Augenblick zu tragen, in dem sie bestimmte Barren zur Auslieferung an den Kunden ausscheidet.

E.4.6. Beimischung von Kontokorrentrecht

Mit dem ersten Edelmetallkauf ist jeweils die Eröffnung eines entsprechenden Metallkontos verbunden. Dabei wird der Begriff "Konto" m.E. primär in einem buchhalterisch-technischen Sinn verwendet ⁷²⁾, um alle Käufe und Verkäufe in einem bestimmten Metall übersichtlich festzuhalten. Sekundär deutet diese Wortwahl aber auch an, dass gesetzliche Sondervorschriften für den Kontokorrent allenfalls auch auf die Metallkonti Anwendung finden ⁷³⁾ ⁷⁴⁾. Die Eignung jedes

70) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 101; von Tuhr/Peter 154.

71) Eine Gattungsschuld liegt vor, obwohl die Standardbarren keine vertretbaren Sachen sind; dazu hinten S. 138, Anm. 21.

72) Dazu Hornberger, Der Kontokorrent im Bankgeschäft (Diss Zürich 1944) 9 f.

73) Im Gegensatz zum gewöhnlichen Kontokorrent dient das Metallkonto nicht der Aufzeichnung von Forderungen, die sich aus irgendwelchen, unter sich verschiedenen Geschäftsabschlüssen mit der Bank ergeben, vielmehr nur einer einzelnen Sorte von Verträgen, der Edelmetallkäufe. Diese Funktion rechtfertigt die umfassende Unterstellung unter das Kaufsrecht und die blosse Beimischung (Meier-Hayoz, SJK 11352) von Kontokorrentrecht. Es liegt also kein gemischter Vertrag vor, sondern ein typischer Vertrag mit Beimischung (Schluep, Innominatverträge, SPR VII/2, 774).

74) Die Anwendung ist demnach eine analoge, nicht eine direkte,

einzelnen Artikels muss gesondert geprüft werden.

Ausgeschlossen ist die Anwendung von Art. 314 Abs. 3 OR, da das Geschäft nicht als Darlehen betrachtet wird ⁷⁵⁾. Hingegen gilt Art. 117 Abs. 1 OR; denn auch beim Edelmetallkonto ist jede Gutschrift und jede Lastschrift eine rein buchhalterische Handlung, die als einseitiger Akt dessen, der das Konto führt, keine rechtsändernde Wirkung haben kann ⁷⁶⁾. Ebenso ist es sinnvoll, dass die Anerkennung ⁷⁷⁾ des Saldos nach Art. 117 Abs. 2 OR Novation zur Folge hat. Damit erhält die Forderung aus dem Metallkonto eine für den kaufmännischen Verkehr wesentliche Selbständigkeit. Art. 117 Abs. 3 OR betrifft einen hier nicht gegebenen Sachverhalt, ist also nicht anwendbar. Ebensowenig scheint mir die im gewöhnlichen Kontokorrentvertrag übliche Abrede, dass die Forderungen gestundet und per Saldotag verrechnet werden ⁷⁸⁾, auf Metallkonti übertragbar. Einerseits ist der Kunde nach den entsprechenden Konditionen berechtigt, jederzeit die Lieferung zu verlangen. Andererseits ist es für ihn ausserordentlich wichtig, dass er immer über den Gesamtbetrag verfügen kann. Die Verrechnung selber fällt ausser Betracht, da aus den "Verkäufen" an die Bank keine gleichartige Gegenforderung entsteht ⁷⁹⁾. Die Analogie zum Kontokorrent hält sich somit in Grenzen.

beanspruchen doch die entsprechenden Normen nun über den ihnen zugedachten Bereich der Geldforderungen hinaus auch für Forderungen auf Edelmetalle Geltung (dazu Meier-Hayoz, Skriptum Einleitungsartikel 65).

75) Vorn S. 27 f.

76) von Tuhr/Escher 184.

77) Für die Anerkennung selber gelten die Vorschriften der entsprechenden AGB oder DR der Banken, nach denen Schweigen innert bestimmter Frist als Zustimmung betrachtet wird.

78) Art. 124 Abs. 3 OR und dazu von Tuhr/Escher 209.

79) Zu diesen "Verkäufen" des Kunden vgl. die nachfolgenden Ausführungen.

E.4.7. Realisierung des Guthabens durch Uebertragung auf Dritte

Die Forderung gegenüber der Bank - auch nach der Novation ist sie noch eine Forderung aus einem Kaufvertrag⁸⁰⁾, aber nicht mehr aus dem ursprünglichen Kaufvertrag - ist übertragbar, da weder das Gesetz noch ihre Rechtsnatur die Uebertragbarkeit ausschliessen und insbesondere auch keine Vereinbarung besteht, auf die Abtretung einzelner Forderungen zu verzichten⁸¹⁾ (Art. 164 OR). In der Uebertragung liegt eine wesentliche Möglichkeit, den Anspruch wirtschaftlich zu verwerten⁸²⁾.

Wesentlich ist, dass damit nur die einzelne Forderung⁸³⁾ zediert wird, während das Vertragsverhältnis weiterhin zwischen Bank und Zedenten fort dauert⁸⁴⁾. Für den Zessionaren führt die Bank mangels Kaufvertrages kein Metallkonto. Dieser muss sich aber die zwischen seinem Rechtsvorgänger und der Bank vereinbarten Lieferfristen entgegenhalten lassen, da er die Forderung mit dem gleichen Inhalt erwirbt, den sie für den Zedenten hatte⁸⁵⁾, also mit dieser Einrede belastet. Will die Bank ein Auseinanderklaffen von Forderungsberechtigtem und Metallkontoinhaber vermeiden, muss sie entweder ein Abtretungsverbot in ihre Konditionen aufnehmen oder dem Kunden die

80) Das ganze Rechtsverhältnis wird ja als Kaufvertrag konstruiert (vorn S. 30).

81) A.M. für den gewöhnlichen Kontokorrent: Homberger, Der Kontokorrent im Bankverkehr (Diss Zürich 1944) 20; von Tuhr/Escher 345; Oser/Schönenberger, Art. 164.

82) Vgl. dazu ABMK SBG Ziff. 2.

83) Ist der Saldo gezogen, wird ein Teil der durch Neuerung aus mehreren Einzelforderungen entstandenen Gesamtforderungen zediert.

84) Art. 169 OR und von Tuhr/Escher 364; Becker, N 2 der Vorbemerkungen zu Art. 164 ff.

85) von Tuhr/Escher 342 f.

Befugnis einräumen, das gesamte Schuldverhältnis zu übertragen⁸⁶⁾.

E.4.8. Realisierung des Guthabens gegenüber der Bank

An sich ist denkbar, auch diejenigen Geschäfte als Forderungsabtretung zu konstruieren, bei denen die kontoführende Bank als Erwerberin auftritt. Alsdann würde der Anspruch durch Vereinigung erlöschen (Art. 118 Abs. 1 OR). Diese Argumentation lässt m.E. aber einen wesentlichen Punkt ausser acht, nämlich, dass der Anspruch des Kunden die Sachleistungsforderung aus einem Kaufvertrag ist. Zwischen Kunde und Bank bestehen vertragliche Beziehungen, die durch diese Realisierung der Forderung gegen die Bank modifiziert werden: Will der Kunde sein ganzes Guthaben aufheben, vereinbart er mit der Bank einen contrarius actus zum Kaufvertrag (Art. 115 OR). Dadurch erlischt einerseits seine Forderung auf die Lieferung von Edelmetall, andererseits verpflichtet sich die Bank zur Erstattung des entsprechenden Gegenwertes⁸⁷⁾. Will der Kunde nur einen Teil seines Edelmetallguthabens realisieren, schliessen Bank und Kunde einen Teilerlass (Art. 115 OR)⁸⁸⁾, wobei auch hier davon ausgegangen wird, dass die Bank den Gegenwert erstattet.

E.4.9. Konditionen

Im Anhang III sind als Beispiel die Konditionen für Metallkonti der

86) von Tuhr/Escher 343; Becker, N 5 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 164 ff. Eine entsprechende Klausel müsste etwa lauten: "Der Kunde kann sein Metallkonto jederzeit auf eine andere Person übertragen".

87) von Tuhr/Escher 165 f.

88) Art. 115 OR bezieht sich sowohl auf die Aufhebung des ganzen Schuldverhältnisses als auch einer einzelnen Forderung: Becker, N 2 zu Art. 115.

Schweizerischen Bankgesellschaft und der Schweizerischen Kreditanstalt abgedruckt, die im Oktober 1980 verwendet wurden; im Anhang IV sind die Musterkonditionen der Schweizerischen Bankiervereinigung wiedergegeben.

1. Kapitel

HERLEITUNG UND EIGENART DES MITEIGENTUMS

1. Obligationenrechtliche Rechtsverhältnisse

1.1. Bei der herkömmlichen Sammelverwahrung

1.1.1. Die verschiedenen Vertragsverhältnisse

1.1.1.1. Ueberblick

Bank und Kunde schliessen einen Kaufvertrag über eine bestimmte Anzahl vertretbarer ¹⁾ Barren oder Münzen zum Tageskurs ab ²⁾. Der Käufer ist jedoch nicht interessiert, die erworbenen Metallbarren physisch zu beziehen, vielmehr will er sie im Tresor der Bank belassen. Dazu vereinbart er mit der Bank deren Hinterlegung ³⁾. Obwohl gewöhnlich beide Geschäfte gleichzeitig getätigt werden, darf nach den Intentionen der Parteien auf zwei separate Rechtsverhältnisse geschlossen werden, geht es dem Kunden doch vorerst nur um optimale Kapitalanlage; die sichere Verwahrung des erworbenen Vermögens beschäftigt ihn erst in zweiter Linie. Es liegt kein gemischter Vertrag vor ⁴⁾.

-
- 1) Zum Gegenstand der herkömmlichen Sammelverwahrung vgl. hinten S. 139 ff. Hier sei der Klarheit halber lediglich vorweggenommen, dass ich die Standardbarren diesem Konzept nicht zugänglich halte.
 - 2) Der Kaufvertrag erübrigt sich in jenen Fällen, wo der Kunde selber Gold einliefert, da er dort bereits Eigentümer ist; dazu hinten S. 40 f.
 - 3) Zu Bedeutung und Inhalt des Hinterlegungsvertrages im einzelnen hinten S. 62 f.
 - 4) Dazu Schluep, Innominatverträge, SPR VII/2, 772 f; ähnlich Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 678.

1.1.1.2. Parteien und Gegenstand des Kaufvertrages

Gewöhnlich kauft der Kunde das Edelmetall bei derjenigen Bank, die es auch verwahren soll. Abgesehen von seltenen Ausnahmefällen liefern die im Goldgeschäft tätigen Banken aus eigenen Beständen ⁵⁾. Werden bei ihnen einmal Geschäfte von solchem Umfang getätigt, dass diese Vorräte nicht ausreichen, dass die Bank also wegen bestimmter Kunden zu Einkäufen veranlasst wird, handelt sie dennoch nicht als Kommissionärin, da sich der Kauf des Kunden und das Geschäft der Bank buchungsmässig nicht entsprechen ⁶⁾.

Parteien des Kaufvertrages sind demnach der Kunde einerseits, seine Bank andererseits. Zur Drittbank, von der das Gold gegebenenfalls bezogen wird, hat der Käufer keinerlei rechtliche Beziehungen.

Der Kunde kauft eine Anzahl einer bestimmten Barrensorte oder Münzenart ⁷⁾, deren Eigenheiten ihm wesentlich sind. Er will beispielsweise 1 kg-Barren der Feinheit 995/1000 oder 999/1000 oder Krüger-Rands oder Vreneli ⁸⁾ erwerben. Im Gegensatz zum Metallkonto ⁹⁾ und zur kontomässigen Sammelverwahrung ¹⁰⁾ sind Kaufgegenstand also eine einzelne oder mehrere Sachen im Rechtssinne, "ein abgegrenztes körperliches Stück der Güterwelt" ¹¹⁾.

5) Zur Unterscheidung Eigen- und Fremdbestände vgl. hinten S. 39.

6) Im übrigen würde sich eine Kommission regelmässig durch Selbsteintritt der Bank in einen gewöhnlichen Kaufvertrag verwandeln; vgl. Gautschi, Vorbemerkungen zur Kommission N 9 c und Grathwohl 132.

7) Dazu hinten S. 140 ff.

8) Zu den speziellen Problemen beim Vreneli vgl. hinten S. 141.

9) Dazu vorn S. 30 f.

10) Dazu hinten S. 50.

11) Liver, SPR V/1, 11; ferner auch Meier-Hayoz, Syst. Teil N 59.

Es gilt noch abzuklären, ob sich eine Relativierung dieser Aussage aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Berechtigung aufdrängt, die der Bank am Edelmetall zusteht. Bei räumlicher Ausscheidung von eigenen Beständen und von Edelmetall, das den Kunden gehört ¹²⁾, ist die Bank Alleineigentümerin derjenigen Barren, die sie verkaufen will; sie kann also über einen einzelnen Barren verfügen ¹³⁾. Bei vermischter Verwahrung kommt ihr nur ein Miteigentumsrecht ¹⁴⁾ zu, so dass sie lediglich ihren Anteil und nicht das Edelmetall selber übertragen kann. Dennoch ist sie nicht gehindert, die einzelnen Barren zum Gegenstand einer Verpflichtung zu machen. Der Verkäufer muss erst im Zeitpunkt der Erfüllung Verfügungsberechtigt sein ¹⁶⁾.

1.1.1.3. Hinterlegungsvertrag

Bank und Kunde vereinbaren ausserdem einen Hinterlegungsvertrag, den Sammeldepotvertrag, indem sich die Bank zur sicheren Verwahrung der ihr anvertrauten Werte, der Kunde zur Bezahlung der Depotgebühr verpflichtet. Dieser Vertrag richtet sich in erster Linie nach dem

12) Nur ein einziges der befragten Institute trennt diese Bestände absolut. Im allgemeinen werden sie ganz oder zum Teil mit Kundenbeständen vermischt. Einzelne Banken verwahren die Standardbarren als Eigenbestände separat, da sie an ihnen nur obligatorische Berechtigungen der Kunden kennen.

13) Dazu hinten S. 47 f.

14) Zur Herleitung dieses Rechts sei auf die Ausführungen hinten S. 59 f. verwiesen.

16) Dazu hinten S. 48 f.

Depotreglement der Bank ¹⁷⁾ 18), subsidiär gilt dispositives Gesetzesrecht.

Gegenstand der Hinterlegung sind der oder die gekauften Barren bzw. die Münzen, und zwar sowohl wenn die Bank Eigen- und Fremdbestände trennt, als auch wenn sie alles Edelmetall gesamthaft verwahrt ¹⁹⁾.

Wesentlich ist, dass das Depotreglement eine sog. Mischklausel enthält, die der Bank die Lagerung der Barren des einen Kunden ungetrennt von denen der anderen oder von eigenen Beständen erlaubt. Die Formulierungen dieser Bestimmung in den einzelnen Konditionen sind nicht einheitlich. Die exakte rechtliche Bedeutung der Mischklausel ²⁰⁾ und weitere Besonderheiten des Hinterlegungsvertrages ²¹⁾ werden später erläutert.

Den soeben dargestellten Hinterlegungsvertrag schliesst auch derjenige Kunde ab, der selber Edelmetall einliefert, das er nicht unmittelbar vorher bei der Bank gekauft hat ²²⁾. Die Möglichkeit, solche Barren zur Sammelverwahrung zu übergeben, steht nur ausnahms-

17) Im Oktober 1980 gilt bei den meisten Banken das gleiche Reglement sowohl für die Verwahrung von Wertschriften als auch von Edelmetallen, sei es dass Edelmetalle und allenfalls Münzen ausdrücklich erwähnt werden, sei es dass das Reglement einfach auch im Edelmetallgeschäft verwendet wird. Eine Bank betrachtet das Fehlen des Wortes "Edelmetalle" in ihrem Reglement für die offenen Depots als qualifiziertes Schweigen und hält die Ausarbeitung eines eigenen Depotreglementes für erforderlich. Vgl. dazu die im Anhang II abgedruckten Reglemente.

18) Zu Fragen im Zusammenhang mit dem Charakter des Reglements als AGB vgl. hinten S. 189 ff.

19) Dazu vorn Anm. 12.

20) Hinten S. 61 f.

21) Zur Teilungsklausel hinten S. 92; zur Substitutionsklausel hinten S. 121.

22) Dazu vorn Anm. 2.

weise einzelnen, der Bank gut bekannten Kunden offen²³⁾. Voraussetzung ist jedoch, dass zuverlässige Zertifikate vorgewiesen werden, die über Schmelzerei, Feinheit und Gewicht Aufschluss geben. In ganz seltenen Fällen nimmt die Bank auch Barren entgegen, ohne dass der Kunde diese Beweis-papiere liefern kann. Dieses Metall wird zur Feststellung von Gewicht und Feinheit in eine Schmelzerei eingeliefert. Da die Buchung für solche Barren erst erfolgt, wenn die Bank über die entsprechenden Resultate der Gehaltsprüfungen verfügt, muss angenommen werden, der entsprechende Hinterlegungsvertrag sei unter der Suspensivbedingung des "Gut" der Prüfung abgeschlossen worden.

1.1.1.4. Verwaltungshandlungen

Die Verwaltung von Edelmetall erfordert keine besonderen Handlungen des Aufbewahrers wie bei der Verwahrung von Wertschriften. Seine Pflichten beschränken sich bei der herkömmlichen Sammelverwahrung auf das blosse Ein- und Ausliefern von vorhandenen Barren²⁴⁾, wozu er aus dem Hinterlegungsvertrag verpflichtet ist. Die Frage, ob für einzelne Verpflichtungen der Bank Auftragsrecht beigezogen werden muss, kann deshalb verneint werden²⁵⁾.

23) Regel ist, dass solche Barren im Individualdepot verwahrt werden.

24) Dazu hinten S. 99.

25) Vgl. aber die Ausführungen hinten S. 120 zur kontomässigen Sammelverwahrung.

1.1.2. Erfüllung des Kaufvertrags

1.1.2.1. Im allgemeinen

Der Kunde ist verpflichtet, den Kaufpreis zu bezahlen, die Bank ihrerseits muss Besitz und Eigentum ²⁶⁾ übertragen ²⁷⁾.

Ueblich ist, dass der Kaufpreis durch Lastschrift auf den Kontokorrent des Kunden getilgt wird. Ausnahmsweise, beim kleinen Anleger, wird am Schalter in bar bezahlt.

Die Bank erfüllt ihre Vertragspflichten nicht durch die physische Lieferung des Metalles, sondern indem sie Buchungen vornimmt: einerseits wird der Verkauf selber, andererseits die Einlage ins Depot des Kunden registriert. Dieser erhält jedoch nur einen einzigen Beleg, die Abrechnung über den Kauf, auf dem die Depotlegung vermerkt ist.

Die nachfolgenden Ausführungen gliedern sich wie folgt: zuerst seien die Besitzverhältnisse an sich geklärt (1.1.2.2.), dann soll auf die Besitzübertragung eingegangen werden (1.1.2.3.). Bei der Eigentumsübertragung muss unterschieden werden, ob die Bank Alleineigentümerin (1.1.2.4.) oder nur Miteigentümerin (1.1.2.5.) der sog. Eigenbestände ist.

1.1.2.2. Besitzverhältnisse

Werden Eigen- und Fremdbestände räumlich voneinander getrennt verwahrt, steht der Bank vor dem Verkauf Alleinbesitz zu, d.h. sie übt als einzige bezüglich bestimmter Barren die tatsächliche Sachherr-

26) Grundsätzlich Alleineigentum; dazu hinten S. 47 ff.

27) Giger, Art. 184 N 10.

schaft aus. Anders verhält es sich bei der Vermengung der bankeigenen mit den Barren, die den Kunden gehören: Hier hat die Bank nur Mitbesitz am ganzen Bestand. Ihre Sachherrschaft ist wohl relativ selbständig, aber nicht unbegrenzt, indem sie mit derjenigen aller anderen Miteigentümer koordiniert auf gleicher Stufe steht und durch jene ihre inhaltliche Ausgestaltung und Grenzen bestimmt werden²⁸⁾. Die nachfolgenden Ausführungen gelten auch dann, wenn die Eigenbestände nicht ausgeschieden sind, doch muss man sich vor Augen halten, dass sich die jeweiligen Eigenschaften des Besitzes bezüglich einzelner Quoten unterscheiden. Der Mitbesitz der Bank unterscheidet sich auch insofern von dem der anderen Kunden, als er bei Verwahrung im hauseigenen Tresor unmittelbar ist, während die Kunden in jedem Fall nur mittelbare tatsächliche Gewalt ausüben.

Vor dem Verkauf ist die Bank selbständige Eigenbesitzerin (Art. 920 ZGB). Sie besitzt als Eigentümerin und fühlt sich dafür niemandem rechtlich verantwortlich. Wenn sie das Edelmetall selber verwahrt, ist sie unmittelbare Besitzerin²⁹⁾, bei Drittverwahrung mittelbare. Hat die Bank dem Kunden den Besitz übertragen³⁰⁾, ist sie zwar immer noch unmittelbare bzw. mittelbare Besitzerin, doch steht ihr nun unselbständiger Fremdbesitz zu. Sie hat jetzt die tatsächliche Gewalt über fremdes Gold inne und ist den Hinterlegern rechtlich verantwortlich. Der Kunde hingegen wird - zwar noch mittelbarer - aber selbständiger Eigenbesitzer: mittelbarer Besitzer, weil die Bank (und allenfalls weitere Unterverwahrer) ihm die Sachbeziehung vermitteln; selbständiger Eigenbesitzer, weil er sich durch die erworbene Berechtigung als Miteigentümer der Bank rechtlich nicht verantwortlich fühlt.

Der Einwand, man könne den Kunden nicht als Besitzer betrachten,

28) Stark, Art. 919 N 53 und insbesondere Art. 920 N 60.

29) Ihre Beziehung zur Sache wird durch keine weiteren Personen vermittelt.

30) Zu diesem Vorgang im einzelnen hinten S. 45 ff.

weil er ja nicht wisse, wo sich sein Gold befinde - ob im Tresor an der Zürcher Bahnhofstrasse oder in einem Depot in Uebersee -, geht fehl³¹⁾. Das ZGB anerkennt nicht nur die rein tatsächliche faktische Gewalt als Besitz, vielmehr genügt eine "psychische Gewalt"³²⁾. Erforderlich ist lediglich eine gewisse, direkte oder indirekte Verfügungsmacht³³⁾, die dem Kunden zweifelsohne gegeben ist, steht es ihm doch jederzeit frei, das Gold abzurufen. Diese Auffassung über den Besitz entspricht der heutigen arbeitsteiligen Wirtschaftsorganisation³⁴⁾. Der Kunde verzichtet auf die persönliche Kenntnis der Lage seiner Barren³⁵⁾; er überlässt es der Bank, sich darum zu kümmern. Wesentlich ist demnach, dass die Bank selber den genauen Lageort sämtlicher Bestände kennt. Die entsprechenden Verwahrungsverträge mit Korrespondenten im Ausland dürfen nur dann eine Substitutionsklausel enthalten, wenn zugleich die Pflicht des Aufbewahrers statuiert ist, die schweizerische Bank über den neuen Hinterlegungsort zu orientieren. Nur dann lässt sich eine Verbindung zwischen dem Kunden und seinen Goldbeständen annehmen, deren Qualifizierung als Besitz sich rechtfertigt.

-
- 31) Die örtliche Lage muss nicht beim Besitz berücksichtigt werden; sie wirkt sich dagegen auf das Recht an der Sache aus: dazu hinten S. 165 ff.
- 32) Stark, Art. 919 N 3; Ostertag, Art. 920 N 4.
- 33) Stark, Art. 919 N 16.
- 34) Der Beizug der französischen Doktrin zum Ersitzungsbesitz des Art. 2229 CC fr in BGE 68 II 28 zeigt, dass das Bundesgericht diesen praktischen Aspekt übersah. Wie hier auch Wiegand in FG zum Juristentag 1979, 305 bei N 80.
- 35) Man muss sich vor Augen halten, dass dieser Verzicht nämlich nicht nur dann erfolgt, wenn der Kunde der Drittverwahrung - sei es in der Schweiz, sei es im Ausland - zustimmt. Auch bei Aufbewahrung durch die Bank selber kann der Deponent nur mit Hilfe der zuständigen Bankorgane den genauen Lageort seiner Metalle in Erfahrung bringen. Es hilft ihm einzig die Miete eines Schrankfaches, nicht einmal die Einzelverwahrung verschafft eine von der Bank unabhängige Zugriffsmöglichkeit.

1.1.2.3. Besitzerwerb

Erwirbt der Kunde Gold aus Beständen, die im bankeigenen Tresor verwahrt werden, erfolgt die Besitzübertragung durch Besitzeskonstitut (Art. 924 Abs. 1 ZGB). Die Sache wird nicht physisch übergeben, vielmehr wird vereinbart, dass die Bank weiterhin aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses, des Hinterlegungsvertrages, unmittelbare Besitzerin bleibt ³⁶⁾ ³⁷⁾, dass sie nun aber auch für den Kunden besitzt, der dadurch zum mittelbaren Besitzer wird.

Befindet sich dieses Gold in Drittverwahrung, d.h. nicht im hauseigenen Tresor, wird der Besitz durch Besitzanweisung (Art. 924 Abs. 1 ZGB) ³⁸⁾ übertragen: Der Drittverwahrer bleibt unmittelbarer Besitzer. Nach Art. 924 Abs. 2 ZGB muss an sich der Veräusserer, also die Bank, ihm den Besitzübergang anzeigen. Diese Mitteilung hat aber für den Besitzerwerb durch den Kunden keine Bedeutung.

36) Zum Zeitpunkt des Besitzerwerbes, der sowohl mit dem der Erfüllung des Kaufvertrages als auch mit dem Erwerb von Miteigentum am Sammeldepot zusammenfällt, vgl. hinten S. 100 ff.

37) Die Zulässigkeit der Rechtsfigur des Besitzeskonstituts ist wesentlich im Hinblick auf ein Argument, das oft gegen die ganze Sammelverwahrung, insbesondere auch gegen die Deponierung bei Dritten angeführt wird: Durch sie werde das Publizitätsprinzip verletzt, das sich im Fahrnisrecht bekanntlich in der Offenlegung dinglicher Rechte mittels des Besitzes äussert (Meier-Hayoz, Syst. Teil N 23; Haab, Einleitung N 63). Bei der Sammelverwahrung sei weder zu erkennen, für wen die Bank besitze, noch könne sie u.U. - wenn sie als Drittverwahrerin amtiert - selber darüber Auskunft geben, wer letztlich Besitzer der Sache sei. Indem das Gesetz im Besitzeskonstitut das bewusste Auseinanderklaffen von Rechtsschein und Rechtslage anerkennt, ist das Publizitätsprinzip wesentlich relativiert. Dass sich entsprechende Situationen heute vermehrt zeigen, ist eine Folge der Wirtschaftsentwicklung, insbesondere der immer grösseren Arbeitsteilung.

38) Zum Besitzerwerb durch Konstitut und Anweisung vgl. die h.L.: Haab/Zobl, Art. 727 N 94 b a.E.; Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 679; BGE 102 III 100.

Der Kunde wird bereits mit Abschluss seines Vertrages mit der Bank Besitzer³⁹⁾. Die erwähnte Vorschrift bezweckt lediglich den Schutz des Angewiesenen; bis ihn die Mitteilung nach Art. 924 Abs. 2 ZGB erreicht, kann er sich durch Leistung an den bisherigen Besitzer gültig befreien.

Angesichts der enormen Anzahl von Geschäftsabschlüssen ist die Bank jedoch nicht in der Lage, alle ihre Drittverwahrer über jeden einzelnen Verkauf zu orientieren. Auf diese Notifikation kann verzichtet werden, wobei es dennoch möglich ist, eine auch zwischen dem Kunden und dem Drittverwahrer wirksame Uebertragung des Besitzes zu konstruieren. Denkbar sind zwei Begründungen. Die erste Variante basiert darauf, dass der Kunde die Bank zu seiner - indirekten - Stellvertreterin gegenüber dem Drittverwahrer ernannt habe und er angesichts des in sie gesetzten Vertrauens darauf verzichte, dem Drittverwahrer als selbständiger Besitzer bekannt zu sein. Vielmehr genüge ihm, wenn der Drittverwahrer seinen Vertreter kennt. Die zweite Variante befriedigt jedoch mehr, da sie nicht auf einer Vertretung des Kunden basiert. Hier wird davon ausgegangen, dass der Drittverwahrer auf die einzelnen Mitteilungen verzichte und diejenigen als selbständige Besitzer anerkenne, die der Bank jeweils bekannt sind. Die Bank ist also Vertreterin des Drittverwahrers⁴⁰⁾.

Nicht nur derjenige Kunde, der neu der Sammeldepotgemeinschaft beiträgt, sieht sich in einer Situation, in der er Besitz am Sammelbestand erlangen muss. Wird der Depotbestand erweitert, indem neue Barren eingebracht werden, ist ein Besitzerwerb auch für alle bereits beteiligten Deponenten erforderlich. M.E. stehen zwei Wege offen, diesen Vorgang rechtlich zu erklären:

39) Stark, Art. 924 N 22; Tuor/Schnyder 477.

40) Diese Konstruktion verdient den Vorzug auch im Hinblick darauf, dass die Bank zur Ausscheidung des Anteils des Kunden ebenfalls selbständig berechtigt und verpflichtet ist. Dazu hinten S. 94.

Einerseits kann man argumentieren, der Kunde werde aufgrund eines antizipierten Besitzeskonstituts ⁴¹⁾ Besitzer, d.h. durch die Vereinbarung, dass auch Barren, die die Bank in Zukunft auf die Gemeinschaft übertragen wird, bei ihr hinterlegt bleiben. Diese Abrede widerspricht weder dem Publizitätsprinzip ⁴²⁾, noch dem Spezialisierungsprinzip ⁴³⁾. Sie bringt eine Rationalisierung, die aus dem modernen Wirtschaftsleben nicht wegzudenken ist. Andererseits kann der Besitzerwerb des Kunden auf Art. 923 ZGB basieren (sog. stille Stellvertretung) ⁴⁴⁾. Die Vollmacht, dem Kunden den Eigentumserwerb zu vermitteln, wird der Bank in den Konditionen erteilt ⁴⁵⁾; durch die gleiche Klausel gibt die Bank auch ihrem Willen Ausdruck, selber nicht - ausschliesslicher - Besitzer werden zu wollen ⁴⁶⁾. Eine Entscheidung zugunsten der einen oder der anderen Variante braucht nicht getroffen zu werden.

1.1.2.4. Eigentumserwerb bei Alleineigentum der Bank

Ist die Bank Alleineigentümerin - wie erwähnt in jenem seltenen Fall, da Eigen- und Fremdbestände getrennt verwahrt werden -, kann sie dem Kunden mit dem Besitz kraft der ihr zustehenden selbständigen Verfügungsmacht zugleich auch Alleineigentum übertragen. Indem die entsprechenden Barren aus dem Eigenbestand ausgeschieden werden ⁴⁷⁾, wird der Kunde deren Alleineigentümer ⁴⁸⁾. Diese Berechtigung

41) Baur 449; Schultz/Opitz, Gutachten 21; Hinderling, Besitz, SPR V/1, 436; Haab/Simonius, Art. 714 N 37.

42) Dazu vorn Anm. 37.

43) Dazu hinten S. 135.

44) Vgl. dazu 2. Kap., Anm. 175 und hinten Anm. 75.

45) Dazu hinten S. 80.

46) Dazu 2. Kap., Anm. 176.

47) Hier ist bekanntlich physische Verschiebung des Metalls erforderlich (dazu S. 54).

48) Der Besitzübertragung liegt ein Besitzeskonstitut zugrunde; dazu vorn S. 45.

ist aber nur von kurzer Dauer: Die Bank liefert nämlich die Barren nicht aus, sondern legt sie im Tresor zum Sammelbestand. Durch diese Vermengung ⁴⁹⁾ verliert der Kunde in diesem Zeitpunkt ⁵⁰⁾ das Alleineigentum und erwirbt statt dessen Miteigentum an der entsprechenden Sorte ⁵¹⁾.

1.1.2.5. Eigentumserwerb bei Miteigentum der Bank

Vorn ⁵²⁾ wurde dargelegt, dass die mangelnde Verfügungsmacht über die einzelnen Sachen die Verpflichtung der Bank, diese Barren zu liefern, nicht verunmöglicht. Schwieriger gestaltet sich die Beantwortung der Frage nach der Verschaffung von Alleineigentum, d.h. nach der Möglichkeit einer der Verpflichtung entsprechenden Verfügung.

Auch wenn man an der Auffassung festhalten will, wonach sich das Miteigentum der Hinterleger grundsätzlich aus der Vermengung ableitet ⁵³⁾, ist nicht erforderlich, dass der Kunde vorerst Alleineigentümer einer bestimmten Anzahl Barren wird, die dann zum Sammelbestand hinzugefügt, mit ihm vermengt werden. Die Vermengungstheorie gilt, wie im nächsten Kapitel gezeigt wird, für die Herleitung des Miteigentumsrechtes an den sammelverwahrten Edelmetallbarren an

49) Dazu hinten S. 59.

50) Dazu hinten S. 102.

51) Dazu hinten S. 134. Unter "Sorte" sind die einzelnen Arten der Einheitsbarren zu verstehen; dazu hinten S. 56.

52) S. 39.

53) Dazu hinten S. 59. Zu den beiden Theorien, der Vermengungstheorie, die auf den sachenrechtlichen Vorgang der Vermengung abstellt, und der Vertragstheorie, die auf der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der Parteien basiert, vgl. hinten S. 100.

sich, sie dient als Begründung für die Depotgemeinschaft selber. Der Erwerb der konkreten Berechtigung durch einen neuen Kunden kann aber von ihr unabhängig erklärt werden. Die Bank ist, wie erwähnt, bei vermischter Aufbewahrung von Eigen- und Fremdbeständen nicht in der Lage, dem Kunden Alleineigentum zu verschaffen, da ihr die dazu erforderliche Verfügungsmacht fehlt. Als Miteigentümerin kann sie lediglich über ihren Anteil, nicht über einzelne Barren verfügen. Im Hinblick darauf, dass der Kunde der Sammelverwahrung zugestimmt hat, darf nun aber davon ausgegangen werden, dass er anstelle einzelner Barren einen Miteigentumsanteil am hinterlegten Metall an Erfüllungsort akzeptiert ⁵⁴⁾. Er ist damit einverstanden, dass durch die Einräumung einer Beteiligung am Sammelbestand der Verpflichtung aus dem Kaufvertrag Genüge getan wird ⁵⁵⁾.

1.2. Bei der kontomässigen Sammelverwahrung

1.2.1. Die verschiedenen Vertragsverhältnisse

1.2.1.1. Uebersicht

Der Kunde, der sich an der kontomässigen Sammelverwahrung beteiligen möchte, tritt zur Bank in eine doppelte Rechtsbeziehung. Einerseits schliesst er einen Kaufvertrag über eine bestimmte Menge Edelmetall ab. Vom Kaufvertrag bei der herkömmlichen Sammelverwahrung unterscheidet sich dieses Geschäft durch seinen Gegenstand ⁵⁶⁾. In Ausnahmefällen liefern auch in diesem System gewisse Kunden das Metall selber ein; sie vereinbaren einen Tauschvertrag ⁵⁷⁾. Anderer-

54) Dazu allgemein von Tuhr/Escher 11.

55) Näheres dazu hinten S. 88.

56) Dazu hinten S. 50.

57) Dazu hinten S. 51.

seits wird ein sog. Sammelkontovertrag ^{58) 59)} abgeschlossen, der sich u.a. mit der Hinterlegung der Goldbestände befasst. Auf weitere Vertragsbestandteile wird später eingegangen.

Wie bei der herkömmlichen Sammelverwahrung Kauf- und Sammeldepotvertrag auseinandergehalten werden, haben auch hier Kauf bzw. Tausch eine selbständige Bedeutung.

1.2.1.2. Parteien und Gegenstand des Kaufvertrages

Der Kaufvertrag wird wie beim Sammeldepot zwischen der Bank als Verkäuferin und dem Kunden als Käufer abgeschlossen ⁶⁰⁾.

Die Bank, die sich ebenfalls als Miteigentümerin am Sammelkonto beteiligt, verpflichtet sich, dem Kunden einen Teil ihres Miteigentumsanteils zu übertragen. Gegenstand des Kaufes sind also - im Gegensatz zur herkömmlichen Sammelverwahrung - nicht einzelne Barren oder Münzen ⁶¹⁾, sondern eine dingliche Mitberechtigung am Gesamtbestand von Gold, Silber, Platin oder Palladium. Sie lässt sich nicht auf einzelne Barren oder auf einen bestimmten Teil der Gesamtmenge lokalisieren, sondern bezieht sich auf jede einzelne, zum Sammelbestand gehörende Sache ^{62) 63)}.

58) Dazu hinten S. 86.

59) Der Ausdruck "Konto" wird absolut untechnisch verwendet: Es handelt sich um ein Depot, dessen jeweiliger Bestand kontomässig aufgezeichnet ist.

60) Die Kommission fällt ausser Betracht, da die Bank wohl der Summe aller Nachfragen abzüglich ihrer Vorräte entsprechende Geschäfte mit Lieferanten tätigt, der Auftrag eines einzelnen Kunden sich aber nicht in einem bestimmten Abschluss spiegelt.

61) Dazu vorn S. 38.

62) Spezialitätsprinzip; dazu hinten S. 144.

63) Zur Grösse des Miteigentumsanteils vgl. hinten S. 123.

1.2.1.3. Tauschvertrag

Auch bei kontomässiger Sammelverwahrung ist es möglich, dass der Kunde selber Gold einliefert. Die Gutschrift der entsprechenden Beträge erfolgt, wenn Gehaltsprüfungen erforderlich sind, ebenfalls erst nach Erhalt der Resultate von der Schmelzerei ⁶⁴⁾; nach diesen bestimmt sich, wie erwähnt, die Quote des Kunden. Bei solchen Geschäften liegt kein Kaufvertrag vor. Beide Parteien verpflichten sich nämlich wechselseitig zu Sachleistungen: Der Kunde zur Lieferung von Edelmetall oder edelmetallhaltigen Sachen ⁶⁵⁾, die Bank zur Einräumung eines Miteigentumsanteils. Es handelt sich mithin um einen Tauschvertrag ⁶⁶⁾, und zwar begegnen wir hier einem jener seltenen Fälle, in denen die beiden Leistungen absolut gleichwertig sind ⁶⁷⁾. Dieses Geschäft kann auch unter den Miteigentumsbegründungsvertrag subsumiert werden; angesichts ihrer Komplexität wird diese Variante erst hinten ⁶⁸⁾ weiter verfolgt.

1.2.1.4. Hinterlegungsvertrag

Bank und Kunde schliessen des weiteren einen Hinterlegungsvertrag ab. Im Gegensatz zur herkömmlichen Sammelverwahrung geht es hier aber nicht um die Verwahrung einzelner, im Alleineigentum eines bestimmten Einlieferers stehender Barren, vielmehr sind sämtliche Barren, aus denen sich der im Miteigentum stehende Bestand zusammen-

64) Der Vertrag steht unter einer Suspensivbedingung (dazu vorn S. 40 f.).

65) In der Regel kann der Kunde Goldprodukte einliefern, die eine geringere Feinheit aufweisen als die Standardbarren. Denkbar wäre auch die Hingabe von Schmuck, Bändern etc., von Gegenständen also, die normalerweise nur zur Einzelverwahrung entgegengenommen werden (dazu vorn S. 25).

66) Art. 237 OR; Guhl/Merz/Kummer 327.

67) Cavin, Tauschvertrag, SPR VII/1, 180.

68) Hinten S. 78 ff.

setzt, Gegenstand des von allen Miteigentümern abzuschliessenden Vertrags. Auf diese spezielle Funktion des Hinterlegungsvertrages wird später eingegangen ⁶⁹⁾.

1.2.1.5. Verwaltungshandlungen

Im Gegensatz zur herkömmlichen Sammelverwahrung beschränken sich die Verpflichtungen der Bank nicht auf das Ein- und Ausliefern der Barren. Ob Auftragsrecht zur Anwendung gelange, weil die Bank die zur Erfüllung der Teilungsansprüche erforderlichen Barrenformen bereitzuhalten hat, wird später ⁷⁰⁾ geprüft.

1.2.2. Erfüllung von Kauf- bzw. Tauschvertrag

1.2.2.1. Fragen des Besitzes

Bezüglich der Besitzverhältnisse und des Erwerbes des Besitzes durch Besitzeskonstitut und Besitzeanweisung kann auf das vorn ⁷¹⁾ Gesagte verwiesen werden.

1.2.2.2. Erfüllung des Kaufvertrages

Wie bei der herkömmlichen Sammelverwahrung wird die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises durch Barzahlung oder Belastung auf das Kontokorrent erfüllt. Der Bank, die zur Verschaffung von Miteigentum verpflichtet ist, steht die dazu erforderliche

69) Dazu hinten S. 116 ff.

70) Hinten S. 120.

71) Vorn S. 42 ff.

Verfüugungsmacht zu ⁷²⁾. Die Eigentumsübertragung äussert sich in den entsprechenden Buchungen der Bank.

1.2.2.3. Erfüllung des Tauschvertrages

Die Bank, die wie beim Kaufvertrag zur Uebertragung eines Miteigentumsanteils verpflichtet ist, erfüllt in der eben geschilderten Weise. Durch ihre Erfüllung ist der Tauschvertrag aber noch nicht erloschen. Sie muss vorerst noch Eigentümerin der eingelieferten Sachen werden: Dieser zweite Eigentumserwerb erfolgt durch Tradition und ist mit Uebertragung der tatsächlichen Sachherrschaft an die Organe der Bank vollendet, indem sie entweder die Sachen selbst erhalten oder die Mittel, die ihnen Gewalt über die Sachen verschaffen ⁷³⁾. Bei direkter Lieferung an die Schmelzerei wird die Bank in dem Zeitpunkt Eigentümerin, in dem das Metall in die tatsächliche Gewalt der Schmelzerei gelangt ⁷⁴⁾. Diese handelt als Stellvertreterin der Bank nach Art. 923 ZGB ⁷⁵⁾.

72) Zur Uebertragung des Miteigentumsanteils im einzelnen hinten S. 108 f.

73) Art. 922 ZGB.

74) Vgl. aber die Ausführungen zur Berechtigung am Edelmetall in der Schmelzerei hinten S. 151 ff.

75) Es treten also die gleichen Rechtsfolgen ein, wie wenn das Metall direkt der Bank übergeben worden wäre: Tuor/Schnyder 476 f.; Stark, Art. 923 N 8; Hirschfeld 22.

2. Sachenrechtliche Rechtsverhältnisse und entsprechendes Kausalverhältnis

2.1. Bei der herkömmlichen Sammelverwahrung

2.1.1. Ziel der Ausführungen und Interessenlage

2.1.1.1. Ziel der Ausführungen

Im Gegensatz zur vorn ⁷⁶⁾ dargestellten rechtlichen Begründung des Erwerbs des Miteigentumsanteils durch einen neuen Kunden geht es hier darum, aufzuzeigen, worauf an sich die Miteigentumsgemeinschaft bei herkömmlicher Sammelverwahrung beruht. An den Anfang aller Erwägungen sei eine Erläuterung der Interessenlage gestellt.

2.1.1.2. Interessen der Bank

Noch zu Beginn der siebziger Jahre wurden Edelmetalle lediglich ins Individualdepot entgegengenommen, oder der Kunde legte sie in sein persönliches Safe. Bei dieser Aufbewahrungsart bleibt der Hinterleger bekanntlich Alleineigentümer der von ihm deponierten Werte. Wenn die Bank Barren verkauft, müssen sie im Tresor physisch verschoben werden, d.h. aus den bankeigenen Beständen ausgesondert, mit Name oder Nummer des Kunden versehen und separat aufbewahrt werden.

Dieser arbeitsintensive Vorgang war für die Banken Anlass, im Hinblick auf eine Rationalisierung nach einer neuen rechtlichen Ausgestaltung des Edelmetalldepots zu suchen. Die Einführung der herkömmlichen Sammelverwahrung ermöglichte Personaleinsparungen und eine bessere Ausnützung der Tresoranlagen und erhöhte zusätzlich die Sicherheit der Aufbewahrung, sowohl bezüglich der Räumlichkeiten, als

76) Vorn S. 47 ff.

auch was den Kontakt von Menschen mit dem Metall anbelangt ⁷⁷⁾.

2.1.1.3. Interessen des Kunden

Für den Kunden bringt die Sammelverwahrung primär eine spürbare Reduktion der Depotgebühren. Dennoch behält er seine dingliche Berechtigung; dies im Unterschied zum Inhaber eines punkto Gebühren ebenfalls günstigen Metallkontos. Durch die Möglichkeit individueller Disposition über die dem Anteil entsprechenden Barren selber aufgrund des selbständigen Ausscheidungsanspruches ⁷⁸⁾ unterscheidet sich die Rechtsstellung des Kunden trotz des Miteigentums nicht wesentlich von der eines Alleineigentümers ⁷⁹⁾.

Neu ist hingegen eine gewisse Risikoverschiebung: Trifft der Verlust ⁸⁰⁾ eines bestimmten Barrens bei der Einzelverwahrung einzig seinen Eigentümer, geht bei der Sammelverwahrung der Untergang von verwahrtem Edelmetall anteilmässig zu Lasten aller Beteiligten. Ob diese Verwahrungsart aber im ganzen gesehen "sicherer" ist, kann mit guten Gründen bezweifelt werden. Zwar verliert bei der Einzelverwahrung der Kunde im Schadensfalle den ganzen Wert, doch ist die Wahrscheinlichkeit klein, dass gerade sein Metall verloren geht oder beschädigt wird, liegen doch noch viele andere Stücke im Tresor. Bei der herkömmlichen Sammelverwahrung hingegen ist die mögliche Schadenssumme eines Kunden von vornherein auf einen Teil des Wertes seiner Gesamtberechtigung beschränkt, doch ist der Hinterleger nicht nur an einzelnen bestimmten Barren berechtigt, sondern an einer beachtlichen Vielzahl davon, was eine Erhöhung des Risikos zur Folge hat.

77) Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 686; Egger 123; Zimmermann 43.

78) Dazu im einzelnen hinten S. 90 ff.

79) Dazu auch Treyvaud 131.

80) Dies gilt selbstverständlich nur für den unverschuldeten Verlust.

2.1.2. Art. 727 ZGB

2.1.2.1. Keine direkte Anwendung

Bevor auf die Frage eingegangen wird, ob das Miteigentum beim Sammeldepot direkt aus Art. 727 ZGB abgeleitet werden kann, sei bezüglich des dem Rechtsproblem zugrundeliegenden Tatbestandes klargestellt, dass im Tresor einer Bank die Barren sowohl nach ihrer Art (Gold, Silber, Platin, Palladium) als auch nach Sorten (Gewicht, Feinheit) räumlich getrennt verwahrt werden. Es werden also niemals Barren mit verschiedenen Eigenschaften miteinander vermengt.

Das Problem der Anwendung von Art. 727 ZGB auf das Bankdepot wird in der Literatur für die Hinterlegung von Wertschriften abgehandelt. Die Ausführungen über die der Edelmetall- und der Wertschriftenverwahrung gemeinsamen Züge können angesichts der grundsätzlichen Einigkeit der Lehre relativ knapp gehalten werden. Speziell wird auf die Besonderheiten einzugehen sein, in denen sich die beiden Geschäfte unterscheiden ⁸¹⁾.

Kernfrage ist, ob Art. 727 ZGB auch auf die Vermengung vertretbarer Sachen gleicher Art und Güte anwendbar ist. Nach der herrschenden Lehre ⁸²⁾ deckt dieser Artikel bekanntlich die gewöhnliche Vermengung, obwohl er sie nicht in seinem Text erwähnt. Darunter wird der Vorgang verstanden, bei dem feste Körper in so nahe räumliche Beziehung gebracht werden, dass sie nicht mehr unterschieden werden

81) Insbesondere auf den Gegenstand und den Zweck der Verträge.

82) Haab/Zobl, N 46 zu Art. 727 ZGB und dort zit. Autoren; im deutschen Recht ist die Vermengung in § 948 BGB ausdrücklich geregelt: dazu Baur 486.

können, ohne dass sie aber ihre äussere Begrenzung verlieren⁸³⁾
84).

Ein Teil der Lehre verneint die direkte Anwendbarkeit von Art. 727, weil bei der Vermengung vertretbarer Sachen gleicher Art und Güte keine einheitliche⁸⁵⁾, "neue Sache" entstehe, da die vermengten Gegenstände nicht "etwas anderes" darstellten⁸⁶⁾. Dies ist für sich genommen richtig, weil sich nicht die Qualität der Sachen ändert, sondern ihre Quantität. Auch das Verbindungsprodukt besteht, wie seine Bausteine, aus einer Vielzahl einzelner Sachen, die alle gleichwertig und koordiniert sind. Wesentlich - und bisher wenig beachtet - scheint mir aber, dass man der gleichen Koordination der einzelnen Teile⁸⁷⁾ auch bei der Vermischung von Flüssigkeiten gleicher Art und Güte und bei der Verbindung gleicher fester Körper begegnet. Der Unterschied, dass verbundene und vermischte Produkte eine einzelne einheitliche Sache darstellen, während aus der Vermengung eine Vielzahl solcher resultiert, rechtfertigt m.E. keine unterschiedliche Behandlung, weil dies lediglich eine Folge ihrer physikalischen Beschaffenheit ist.

83) Schulze-Osterloh 207, Anm. 3.

84) Die Anwendung von Art. 727 ZGB ist m.E. auch dann möglich, wenn zwischen den Parteien vertragliche Beziehungen bestehen: Haab/Zobl, Art. 727 N 28; a.A. anscheinend Treyvaud 132.

85) Treyvaud 136 f.

86) Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 688; Haab/Zobl, Art. 727 N 89; Liver, im Gutachten für die Bankiervereinigung über die SEGA vom 19. Juli 1963 3; Huber, Erläuterungen II 126; Grathwohl 118; Jenny 78; Kühne 52; a.A. Lemp, ZSR 1942 328.

87) Diese sind zwar keine Sachen im Rechtssinne, da es ihnen an der äusseren Begrenzung fehlt.

Andere Autoren vertreten die Ansicht, dass die Wertpapiere (hier die Barren) nicht untrennbar vermengt werden⁹⁰⁾. Dieser Lehre möchte ich mich anschliessen. Eine Trennung ist, auch unter Berücksichtigung eines allfälligen Arbeitsaufwandes, möglich⁸⁸⁾. Die zur Trennung erforderliche Arbeit erschöpft sich auch nach meiner Meinung im Verteilen der Barren. Die grosse Anzahl von Barren darf in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt werden, da sich keine Kriterien finden lassen, wo eine allfällige Grenze zu ziehen wäre. Man müsste jedenfalls doch annehmen, dass der Trennungsaufwand erst ab einer bestimmten Anzahl von Barren so gross wird, dass von Untrennbarkeit gesprochen werden kann. Diese ist aber Voraussetzung dafür, dass der Verbindungsartikel direkt zur Anwendung gelangt.

Was misslingt, ist nicht die Trennung und Verteilung der Barren selber, sondern der Identitätsnachweis⁸⁹⁾, d.h. es ist unmöglich, festzustellen, welcher Barren vor der Einlieferung wessen Eigentum war. Art. 727 ZGB deckt diesen Fall des Beweisnotstandes nicht⁹⁰⁾. Das Gesetz strebt vielmehr an, den durch die Vermengung entstandenen wirtschaftlichen Wert zu erhalten⁹¹⁾. Dieser wird nämlich bei vertretbaren Sachen gleicher Art und Güte durch eine Trennung nicht vermindert⁹²⁾.

88) Brass 78 und die in Anm. 90 zit. Autoren; a.A. Lemp, ZSR 1942 328.

89) Bei den Wertschriften ist aufgrund interner Aufzeichnungen der Nummern eine Zuordnung einzelner Papiere an die ursprünglichen Eigentümer möglich. Zu diesem Problem braucht bei der Sammelverwahrung von Edelmetallen nicht Stellung genommen zu werden. Auch vertretbare Barren tragen zwar fortlaufende Nummern; diese werden aber nirgends notiert und ermöglichen insbesondere keine Identifikation einzelner Barren. Zur Bedeutung der Nummern bei der Frage der Vertretbarkeit vgl. hinten S. 137.

90) Jenny 80; Treyvaud 134 und die dort zit. älteren Kommentare und 137; a.A. Lemp a.a.O.; Grossheintz 12.

91) Grossheintz 11; Treyvaud 132 und dortiges Zitat von Wieland.

92) Jenny 81; Treyvaud 137; Kühne 52; für das deutsche Recht: Heck 261.

Unzulässig ist m.E. auch, wo faktisch eine Ausscheidung möglich ist, die Untrennbarkeit rechtsgeschäftlich zu vereinbaren⁹³⁾; das Gesetz will auf einen äusseren, physischen Zustand abstellen⁹⁴⁾.

Somit kann Art. 727 ZGB in direkter Anwendung keine Grundlage des Miteigentums der Sammeldepotkunden sein.

2.1.2.3. Analoge Anwendung

Einige Autoren plädieren jedoch für analoge Anwendbarkeit dieses Artikels⁹⁵⁾. Durch das Analogieverfahren wird eine vorhandene Regelung auf einen von ihr nicht erfassten, aber auch sonst rechtlich nicht geregelten, aber in wesentlicher Beziehung gleichen Tatbestand übertragen⁹⁶⁾. Nicht erfasst ist die Vermengung von vertretbaren Sachen der gleichen Art und Güte, wie eben erwähnt, weil eine Trennung dieser Sachen keinen Wertverlust zur Folge hat. Bereits aus den Erläuterungen ergibt sich, dass das Gesetz diesen Fall nicht regeln wollte⁹⁷⁾. Eine gleiche Behandlung rechtfertigt sich, da bei der Vermengung, wie bei der Vermischung von Flüssigkeiten, ein Identitätsverlust vorliegt, auch dort können die einzelnen Partikel nicht mehr einem der ursprünglichen Eigentümer zugeordnet

93) So auch Brass 78; Erlanger 21; a.A. Opitz, Effektengiroverkehr und Sammeldepot 50 f.

94) Diese vor allem in Deutschland vertretene Hypothese ist m.E. der vertraglichen Miteigentumsbegründung gleichzusetzen.

95) Haab/Zobl, Art. 727 N 90; Liver, Eigentum, SPR V/1, 384; Jenny, vorsichtig, 81 und 85 f.; für direkte Anwendbarkeit: Haab, Art. 650/51 N 13 und Lemp, ZSR 1942 328.

96) Meier-Hayoz, Skriptum Einleitungsartikel 65.

97) Huber, Erläuterungen II 126; die Verweisung auf allgemeine Rechtsgrundsätze meint m.E. nicht die gemeinrechtliche Regelung. Vielmehr verstehe ich in ihr einen Hinweis auf Art. 1 ZGB.

werden. Dass bei der Vermengung die äussere Begrenzung der Sachen erhalten bleibt, ist, wie erwähnt, nicht von Bedeutung. In beiden Fällen gilt es, das Verhältnis von Eigentümern zueinander zu ordnen, zwischen deren Sachen eine aussergewöhnlich nahe Beziehung entstanden ist.

Also kann das Miteigentumsrecht der Kunden am gesamten Sammelbestand bei der herkömmlichen Sammelverwahrung aus der ungetrennten, nicht individualisierten Verwahrung abgeleitet werden ⁹⁸⁾. Es basiert auf dem per analogiam herangezogenen Art. 727 ZGB ⁹⁹⁾.

2.1.3. Vertragliche Vereinbarung

2.1.3.1. Herleitung des Miteigentums aus dem Realakt der Vermengung

Bei der herkömmlichen Sammelverwahrung entsteht das Miteigentum der Kunden also unabhängig von Vorhandensein und Gültigkeit entsprechenden Willensäusserungen der Parteien, allein aufgrund des Realaktes der Vermengung ¹⁰⁰⁾, also auch losgelöst vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Hinterlegungsvertrages.

98) Zum Erwerb des Anteils vorn S. 47 ff und hinten S. 87 ff; auf den genauen Zeitpunkt wird hinten eingegangen.

99) Demnach muss nicht mehr geprüft werden, ob auch Art. 484 OR Grundlage des Miteigentums bilden könnte, wie dies andere Autoren tun. Jener Artikel muss aber bei der Herleitung des selbständigen Ausscheidungsanspruches herangezogen werden. Dazu hinten S. 90 f.

100) Haab/Zobl, Art. 727 N 28 und dort zit. Autoren. Unnötig und dem Wesen des Realaktes widersprechend ist eine vertragliche Bestätigung und Verstärkung (Albisetti/Bodmer/Gsell 526) oder Absicherung (Grathwohl 123) des Miteigentums.

Daher ist der Wille des einzelnen Miteigentümers auch für den Fall nicht von Bedeutung, dass durch die Bank eigenes Metall oder Barren, die sie mit Kunden getauscht hat, zum Sammelbestand hinzugefügt werden. Jeder Berechtigte erwirbt ohne Vermittlung seitens der Bank, unmittelbar aufgrund der Tatsache, dass neue Barren eingefügt werden, an ihnen Miteigentum ¹⁰¹⁾. Es ist eine beliebige Vergrösserung und Verkleinerung des Bestandes möglich.

2.1.3.2. Bedeutung der Vereinbarung von Miteigentum im Sammelverwahrungsvertrag

Der Hinweis im Depotreglement, dass dem Kunden am Sammelbestand der entsprechenden Sorte ein Miteigentumsrecht zusteht ¹⁰²⁾, hat somit keine dingliche Wirkung. Dennoch ist er nicht bedeutungslos: Der Kunde stimmt der Risikoverschiebung zu, die vorn ¹⁰³⁾ dargelegt wurde. Dieses Einverständnis zeigt insbesondere im Schadenfalle Folgen ¹⁰⁴⁾.

2.1.3.3. Art. 484 OR und Ausscheidungsanspruch

Einige Banken erwähnen in den Konditionen Art. 484 OR ¹⁰⁵⁾, dies insbesondere im Hinblick auf die dort besonders geregelte Art der Auseinandersetzung ¹⁰⁶⁾. Diesen Klauseln kommt, wie aufgezeigt, für

101) Zum Besitzerwerb vorn S. 45 ff.

102) Sei es mit oder ohne Hinweis auf Art. 484 OR, dazu Anm. 105.

103) Dazu vorn S. 55.

104) Dazu hinten S. 106.

105) DR SKA § 9 Abs. 2; implicite DR Bär Ziff. 10 Abs. 1; bei anderen Instituten wird Art. 484 OR nicht ausdrücklich erwähnt, doch gilt er stillschweigend als Grundlage der herkömmlichen Sammelverwahrung von Edelmetallbarren.

106) Art. 484 OR Abs. 2 und 3, dazu hinten S. 91 f.

die Herleitung des Miteigentumsrechtes bei der herkömmlichen Sammelverwahrung keinerlei Bedeutung zu; dieses beruht allein auf der analogen Anwendung von Art. 727 ZGB. Die Erwähnung des Art. 484 OR hat jedoch rechtliche Konsequenzen: Einmal gestattet der Kunde der Bank damit die Vermengung an sich (sog. Mischklausel), was sich auf die Verantwortlichkeit auswirkt ¹⁰⁷⁾. Dann spielt diese Klausel auch bei der Ausscheidung eines Miteigentumsanteils eine Rolle; darauf ist an entsprechender Stelle zurückzukommen ¹⁰⁸⁾.

2.1.3.4. Struktur der Vereinbarung zwischen Bank und Kunde; der Sammeldepotvertrag

Es gilt, das Verhältnis der einzelnen Vereinbarungen zwischen Bank und Kunde zu untersuchen, um daraus die Struktur des ganzen Vertragswertes zu erschliessen.

Wie vorn ¹⁰⁹⁾ kurz angedeutet, liegen bei Vereinbarung der herkömmlichen Sammelverwahrung nach der Absicht der Parteien zwei separate Verträge vor: ein Kauf- und ein Hinterlegungsvertrag. Es kann Gold gekauft werden, ohne dass dieses bei der Bank hinterlegt werden muss. Umgekehrt ist der Abschluss eines Verwahrungsvertrags auch möglich, wenn das Edelmetall nicht unmittelbar vorher bei der Bank gekauft worden ist. Zwischen den beiden Verträgen besteht kein funktioneller Zusammenhang.

Im Hinterlegungsvertrag muss, wie eben erwähnt, eine Mischklausel enthalten sein, die die Sammelverwahrung erlaubt. Ferner ist mit ihm eine Teilungsklausel verbunden, die sich mit der Auflösung des

107) Hinten S. 104.

108) Hinten S. 91 f.

109) S. 37.

Miteigentums befasst ¹¹⁰⁾. Diese beiden besonderen Bestandteile erlauben, dem vorliegenden Hinterlegungsvertrag den Namen Sammeldepotvertrag zu geben.

2.2. Bei der kontomässigen Sammelverwahrung

2.2.1. Ziel der Ausführungen und Interessenlage

2.2.1.1. Ziel der Ausführungen

Die bei der herkömmlichen Sammelverwahrung durchgeführte Unterscheidung zwischen dem Erwerb der konkreten Berechtigung durch einen Kunden und der rechtlichen Begründung des Miteigentums an sich, hat auch für die kontomässige Sammelverwahrung Geltung ¹¹¹⁾. Ebenso ist es zweckmässig, im Hinblick auf die Herleitung des Miteigentumsrechtes vorerst die Interessen sowohl aus der Sicht des Kunden als auch aus der Perspektive der Bank darzulegen. Wesentlich ist, dass einerseits der Vergleich zur herkömmlichen Sammelverwahrung gezogen wird, andererseits aber auch die Unterschiede zu den Edelmetallkonti mit obligatorischer Berechtigung aufzuzeigen sind.

2.2.1.2. Interessen der Kunden

Gegenüber den gewöhnlichen Metallkonti steht der Schutz des Kunden im Konkurs der Bank im Vordergrund; ist der Kunde am Gold dinglich berechtigt, hat er ein Aussonderungsrecht ¹¹²⁾. Er muss sich also nicht nur mit der Konkursdividende zufrieden geben.

110) Hinten S. 93.

111) Dazu auch hinten S. 108 f.

112) Egger 123; Treyvaud 127 und 130. Im einzelnen hinten S. 107.

Wesentlich scheint mir aber auch eine bessere Absicherung des Auslieferungsanspruches der Kunden. Bei den Metallkonti ist nicht erforderlich, dass sich eine der Gesamtheit ihrer Lieferungsverpflichtungen entsprechende Goldmenge physisch im Vermögen der Bank befindet ¹¹³⁾; die Verpflichtung ist absolut gesetzeskonform, auch wenn der Bank selber nur Lieferansprüche gegen andere Institute zustehen. Ist der Kunde aber dinglich berechtigt, müssen der Bank die den Kundenguthaben entsprechenden Bestände im Allein- oder Miteigentum zustehen. Die Teilungsansprüche der Kunden können somit auch in Zeiten erhöhten Bezuges befriedigt werden, während bei reinen Forderungsansprüchen Liquiditätsschwierigkeiten durchaus denkbar sind. M.E. wird auch deshalb vermehrt Gold im Inland verwahrt, weil der Kunde der Hinterlegung seiner Bestände im Ausland zustimmen muss und auch mit seinem Einverständnis das Gold nicht in allen Ländern verwahrt werden darf ¹¹⁴⁾. Auch dies erhöht die Lieferbereitschaft der Bank.

Im Vergleich mit der herkömmlichen Sammelverwahrung erfolgt für den Kunden eine ähnliche Risikoverlagerung wie zwischen Individualdepot und herkömmlicher Sammelverwahrung ¹¹⁵⁾. Wieder wird auf der einen Seite die Zahl derjenigen Personen vermehrt, die allfällige Verluste zu tragen haben, was den Einzelnen entlastet. Auf der anderen Seite wird aber das Substrat erweitert ¹¹⁶⁾, auf das sich das Recht des Deponenten bezieht, weshalb sich die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass Barren getroffen werden, an denen der Kunde berechtigt ist.

Weiter profitiert der Kunde insofern, als die Bank nach diesem Kon-

113) Giger, Art. 184 N 28.

114) Dazu im einzelnen hinten S. 169 ff.

115) Dazu vorn S. 55.

116) Zu den möglichen Gegenständen dieses Miteigentums hinten S. 145 ff.

zept umfangreiche Bestände integrieren kann ¹¹⁷⁾ und somit in der Lage ist, eine grössere Anzahl von Personen dinglich zu berechtigen.

Im übrigen decken sich die Interessen mit den bei der herkömmlichen Sammelverwahrung erwähnten: Der Kunde ist an sichere Lagerung interessiert. Er will sich nicht um die Verwaltung des Goldes kümmern müssen, andererseits aber doch in der Lage sein, jederzeit auch physisch über das Gut zu verfügen ¹¹⁸⁾. Beziehungen zu den anderen Kunden, die ihr Gold ebenfalls im Tresor haben, lehnt er ab ¹¹⁹⁾.

2.2.1.3. Interessen der Bank

Den Banken geht es einmal darum, einen Teil jener Bestände, die früher der Deckung von Ansprüchen aus gewöhnlichen Metallkonten dienten, also vom wirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen fremdes Edelmetall darstellen, in auch rechtlich fremdes zu verwandeln, um diese Bestände nicht in ihrer Bilanz aufführen zu müssen.

Bei den meisten dieser Barren handelt es sich um Standardbarren, die der herkömmlichen Sammelverwahrung nicht zugänglich sind ¹²⁰⁾. Doch sollen auch Einheitsbarren und andere Goldformen möglichst in das Konzept einbezogen werden können. Ueberhaupt ist die Bank daran interessiert, die Zusammensetzung des Bestandes soweit wie möglich frei planen zu können. Diese Flexibilität öffnet ihr eine optimale Ausnützung des Marktes.

117) Insbesondere die Standardbarren der vier Edelmetalle; dazu hinten S. 148.

118) Dieses Interesse steht zweifellos bei den Händlern im Vordergrund; Privatkunden kaufen dagegen ihr Gold auch zu Anlagezwecken; sie beabsichtigen also das blossе Haben.

119) Haab/Zobl, Art. 727 N 94 c; Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 691.

120) Dazu hinten S. 142.

Bei einem Konzept mit Miteigentum der Deponenten profitieren die Banken auch von einer gewissen Risikoverschiebung zulasten der Kunden: Ist der Kunde dinglich berechtigt, gilt für ihn der Satz: "casum sentit dominus", während bei den Metallkonti mit obligatorischer Berechtigung die Bank die Gefahr trägt.

Daneben liegen ähnliche Motive vor, wie seinerzeit bei der Einführung der herkömmlichen Sammelverwahrung: Buchungsmässige Abwicklung der Transaktionen statt physische Verschiebungen, rationellere und sicherere Aufbewahrung ¹²¹⁾.

2.2.1.4. Einwand der Umgehung des Faustpfandprinzipes

Ist es angesichts der Vielschichtigkeit der geschilderten Interessen gerechtfertigt, in der kontomässigen Sammelverwahrung eine Umgehung des Faustpfandprinzipes zu sehen, wie mir dies anlässlich einer Besprechung dargelegt wurde?

Das Konzept kontomässiger Sammelverwahrung dient nicht der Gesetzesumgehung und ist aus folgenden Gründen nicht widerrechtlich ¹²²⁾: Einerseits ist für den Kunden die dingliche Sicherung, wie eben dargelegt, nicht einziger Zweck der Vereinbarung. Die Bank andererseits kann nicht lediglich daran interessiert sein, ihren Kunden auf diese Weise ein Sicherungsrecht einzuräumen. Sie wird durch das Miteigentumsrecht gegenüber dem obligatorischen Konzept doch wesentlich eingeschränkt. So bedarf sie für die Verwahrung im Ausland der Zustimmung des Kunden und kann Lieferansprüche gegen Dritte nicht zur Deckung verwenden ¹²³⁾. Die Gesetzesumgehung würde also nur von

121) Dazu vorn S. 54.

122) Zur Gesetzesumgehung: von Tuhr/Peter 254; Oftinger, Bundesgerichtspraxis 64, 70 f.

123) Dazu hinten S. 150 und S. 168.

einer Partei angestrebt, was zur Statuierung der Widerrechtlichkeit ungenügend ist ¹²⁴⁾. Endlich darf man nicht ausser acht lassen, dass bei schuldhafter Verminderung des Gesamtbestandes dem Kunden im Konkurs sein dingliches Recht nicht viel nützt, wenn die Gegenstände, auf die es sich bezieht, nicht mehr vorhanden sind ¹²⁵⁾.

2.2.2. Art. 727 ZGB

2.2.2.1. Keine direkte Anwendung

Hier kann vollumfänglich auf die entsprechenden Ausführungen bei der herkömmlichen Sammelverwahrung verwiesen werden. Beizufügen ist, dass die Gültigkeit des Art. 727 nicht deshalb zu verneinen ist, weil die Standardbarren nicht vertretbar sind ¹²⁶⁾. Dass dieser Artikel auf die Vermengung von Speciessachen Anwendung findet, ist nämlich allgemein anerkannt ¹²⁷⁾.

2.2.2.2. Keine analoge Anwendung

Art. 727 ZGB ist auf das Sammelkonto m.E. aber noch aus einem anderen Grunde nicht anwendbar: Die Tatbestandssituation, auf der er basiert, passt schlechthin nicht auf den vorliegenden Sachverhalt. Hier werden nämlich nicht untereinander gleiche Barren miteinander

124) Gauch/Schluep/Jäggi I N 331 und dort zit. Autoren.

125) Dazu im einzelnen hinten S. 105 f.

126) Dazu hinten S. 138.

127) Nach dieser Auffassung müsste übrigens bei der Vermengung der Standardbarren eine neue Sache entstehen, da diese nicht vertretbar sind, nicht hingegen bei der Vermengung der Einheitsbarren; auf diese seltsame Konsequenz weist Lemp, ZSR 1942 328 zutreffend hin.

vermengt, wie bei der herkömmlichen Sammelverwahrung. Es geht nicht darum, die Rechtsfolgen zu beschreiben, die aus dem Zusammenfügen von Barren entstehen. Vielmehr wird einer Vielzahl von Personen an einem mehr oder weniger vorgegebenen Bestand eine dingliche Berechtigung eingeräumt. Kurz gesagt: Zur Diskussion gestellt ist nicht das Zusammenbringen, sondern das Verteilen von Barren. Folglich fällt Art. 727 selbst für ein Analogieverfahren ausser Betracht.

Damit muss aber auch ein gewichtiger Vorteil der diesem Artikel zugrundeliegenden Vermengungstheorie ¹²⁸⁾ preisgegeben werden: Die Unabhängigkeit der Entstehung des Miteigentums von Vorhandensein und Gültigkeit entsprechender Willensäusserungen der Parteien, die sich daraus ergibt, dass die Vermengung ein Realakt ist ¹²⁹⁾.

2.2.3. Art. 484 OR

2.2.3.1. Einführung

Ist die Herleitung des Miteigentums aus Art. 727 ZGB nicht möglich, gilt es im folgenden zu prüfen, ob Art. 484 OR, der einzige weitere Gesetzesartikel, der sich mit einem Vermengungsvorgang befasst, die Grundlage für ein Miteigentumsrecht der Kontoinhaber bilden kann. Dieser Artikel wird von den Banken, wie erwähnt ¹³⁰⁾, als Grundlage der herkömmlichen Sammelverwahrung bezeichnet, dort aber m.E. nicht benötigt. Beim Sammelkonto drängt es sich auf, sich eingehend mit dieser Norm auseinanderzusetzen.

128) Vgl. die in Anm. 266 zitierten Autoren.

129) Brass 78; Haab/Zobl, Art. 727 N 28.

130) Vorn S. 61 f.

Dabei muss zuerst abgeklärt werden, ob bei kontomässiger Sammelverwahrung ein Lagergeschäft im Sinn dieses Artikels vorliegt ¹³¹⁾. Andernfalls ist auf die systematische Stellung von Art. 484 OR im Gesetz einzugehen ¹³²⁾. Jedenfalls sind zwei Fragen klar auseinanderzuhalten ¹³³⁾: Erstens die Frage nach dem Verhältnis der vorliegenden Norm zu Art. 727 ZGB ¹³⁴⁾ und zweitens diejenige nach ihrem Charakter, ob sie schuld- oder sachenrechtlicher Natur ist ¹³⁵⁾.

2.2.3.2. Edelmetallbarren als Waren im Sinne von Art. 482 OR

Bei der Sammelverwahrung von Wertschriften wird die direkte Anwendbarkeit der Vorschriften über das Lagergeschäft von der herrschenden Lehre mit der Begründung verneint, Wertpapiere seien keine Waren im Sinne des Lagergeschäftes ¹³⁶⁾. Für Edelmetalle muss diese Frage eigens geprüft werden.

Waren sind diejenigen beweglichen Sachen, die Gegenstand des Umsatzverkehrs sind, ausgenommen Wertpapiere und Grundstücke ¹³⁷⁾. Dass Goldbarren Gegenstand des Umsatzverkehrs sind, braucht wohl nicht

131) Nachfolgend 2.2.3.2. und 2.2.3.3.; dabei können auch die Erläuterungen zu den §§ 416 ff. HGB beigezogen werden, da sich das schweizerische Recht eng an dieses anlehnt: Lüthi 21 f.

132) 2.2.3.4.

133) Was in bisherigen Erörterungen dieses Problems nicht in dieser Weise geschehen ist.

134) 2.2.3.5.

135) 2.2.3.6.

136) Oser/Schönenberger, Art. 482 N 2; Zehnder 64; Treyvaud 139; Jenny 22 f.; Lüthi 27 für den Fall, dass sie als Wertträger und nicht als blosse Papiermasse verwendet werden. Für das deutsche Recht: Baumbach/Duden, § 416 N 1 A; Heymann/Kötter, § 416 N 2.

137) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 117.

näher erläutert zu werden. Insbesondere aufgrund des enormen Wertes, den sie verkörpern, sind sie das Umsatzprodukt par excellence. Unter anderem auf den Wert stellt m.E. übrigens auch der kaufmännische Sprachgebrauch ab, der als Orientierungshilfe beigezogen werden soll¹³⁸⁾. Diese Verkehrsauffassung spiegelt sich in der Ansicht verschiedener Autoren: auch Kostbarkeiten könnten Waren sein¹³⁹⁾.

Nach meiner Meinung ist der Wert einer Sache für sich allein genommen kein Kriterium, weder für noch gegen das Vorliegen einer Ware¹⁴⁰⁾. Die Lagerungsfähigkeit, die in der Literatur oft als weiteres Begriffsmerkmal erwähnt wird¹⁴¹⁾, ist zwar bei den Edelmetallen zweifellos gegeben, doch scheint sie mir angesichts der heutigen technischen Möglichkeiten als selbständige Voraussetzung an Bedeutung verloren zu haben. Ausschlaggebend ist einzig die eingangs erwähnte Eignung zu handelsmässigem Umsatz, aufgrund deren auch Edelmetallbarren als Waren bezeichnet werden können.

Im Hinblick auf den Vertragsgegenstand stünde der direkten Anwendung von Art. 484 OR also nichts im Wege.

138) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 117.

139) Zehnder 64 f.; Edelmann 22; Ratz in RGRK Komm. zum HGB, § 416 N 10. Nach Schlegelberger, § 416 N 3 theoretisch auch Kostbarkeiten; nach Edelmann 33, Lüthi 27 und Oser/Schönenberger, Art. 482 N 2 auch Geld, sofern nur auf dessen Metallwert abgestellt wird. Der Schritt von dieser Auffassung zum Einbezug der Goldbarren erscheint mir minim.

140) Der Wert einer Sache kann sich auch stark verändern. Vielleicht muss auch das Erdöl, das unbestrittenermassen nach den Vorschriften des Lagergeschäfts verwahrt wird, angesichts des stetigen Preisanstiegs bald als Kostbarkeit betrachtet werden.

141) Zehnder 64; Fellmann 26; Baumbach/Duden, § 416 N 1 A; Billmann 31. Zu den einzelnen Voraussetzungen der Lagerungsfähigkeit vgl. die eingehende Darstellung bei Jenny 21.

2.2.3.3. Charakter und Zweck von Lagergeschäft bzw. Sammelverwahrung

Die Aussagen über Gemeinsamkeit bzw. Unterschiedlichkeit von gewöhnlichem Lagergeschäft und Sammelverwahrung gehen diametral auseinander: Nach Opitz ¹⁴²⁾ diente der Kornsilo als Vorbild für die Sammelverwahrung, während Schumann ¹⁴³⁾ der Vermengung von Wertpapieren gegenüber der Vermischung von Getreidekörnern eine ganz verschiedene Bedeutung zumisst. Zur Klärung des Verhältnisses dieser beiden Verträge müssen Lagergeschäft und gewöhnliche Hinterlegung miteinander verglichen werden. Das Lagergeschäft ist eine Spezialform des Hinterlegungsvertrages und zeichnet sich m.E. in folgender Hinsicht aus:

Einmal muss der Lagerhalter zur Aufbewahrung der Waren geeignete Räumlichkeiten zur Verfügung halten, die vergleichsweise - entsprechend den eingelagerten Waren - technisierter und spezieller sind ¹⁴⁴⁾. Sie müssen nicht nur eine chemisch-physikalisch einwandfreie Lagerung garantieren, sondern auch vor anderen sachspezifischen Risiken schützen, beispielsweise vor terroristischen Angriffen oder beim Gold vor Diebstahl. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, könnte die Bankverwahrung als Lagergeschäft bezeichnet werden ¹⁴⁵⁾.

Hingegen ist der Zweck der Lagerung bei den beiden Geschäften verschieden. Dies offenbart sich einmal in der Dauer des Vertrags.

142) Effektengiroverkehr und Sammeldepot 49.

143) Schumann 1178.

144) Oser/Schönenberger, Art. 482 N 3; Gautschi, Art. 482 N 6 c; Jenny 19 f.; Baumbach/Duden, § 416 N 1 A.

145) So ausdrücklich auch Becker, Art. 482 N 3. Ablehnend Jenny 25, der den Begriff der Lagerung in Gegensatz zu dem der Verwahrung setzt.

Zwar sind die Güter nicht ausnahmslos kürzere Zeit beim Lagerhalter eingelagert ¹⁴⁶⁾, als ein Bankkunde seine Barren bei einer Bank hinterlegt: berufsmässige Kunden halten ihr Metall oft nur wenige Tage, ja Stunden im Depot. Dennoch ist der Regelfall, dass Edelmetall langfristig hinterlegt wird. Ausschlaggebend ist nach meiner Auffassung, dass das Lagergeschäft, vom wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet, eine ganz andere Position einnimmt, ein andersgearbeitetes ökonomisches Bedürfnis befriedigen soll. Es steht relativ am Anfang einer langen Kette von Vorgängen, die der Güterproduktion dienen. Im Gegensatz dazu ist die Sammelverwahrung entweder Endzustand eines Umsatzprozesses - dies bei Privatkunden, die am blossen Haben interessiert sind -, oder dann bildet sie neben dem Umsatz selber einen ebenso wesentlichen Bestandteil des ganzen Vorgangs. Angesichts dieser grundlegenden Verschiedenheit kann das Sammelverwahrungsgeschäft nicht als Lagergeschäft betrachtet werden ^{147) 148)}.

2.2.3.4. Systematische Stellung von Art. 484 OR im Gesetz

Dennoch ist noch nicht ausgeschlossen, dass Art. 484 OR direkt auf die Sammelverwahrung anwendbar ist. Es ist nämlich in der Literatur umstritten, ob die Vorschrift eine lediglich auf das Lagergeschäft anwendbare Spezialnorm darstellt oder ob es sich dabei um eine systematisch falsch eingeordnete Regel aus dem allgemeinen Hinter-

146) In der Literatur wird von der Lagerung auf gewisse Dauer gesprochen; dies beinhaltet m.E. sowohl eine Begrenzung nach unten als auch nach oben; vgl. Baumbach/Duden, § 416 N 1 A; Zehnder 67.

147) Damit wird auch die m.E. zwingende Vorschrift des Art. 483 Abs. 3 ausgeschlossen, die dem Charakter der Sammelverwahrung widerspricht.

148) So auch Oser/Schönenberger, Art. 482 N 3.

legungsvertragsrecht handelt ¹⁴⁹⁾. Ist der Artikel eine Spezialvorschrift des Lagergeschäfts, lässt er sich höchstens analog auf die Sammelverwahrung von Edelmetallen anwenden, weil, wie vorn dargelegt, die Sammelverwahrung kein Lagergeschäft ist. Handelt es sich hingegen um eine "verirrte" Vorschrift aus dem allgemeinen Hinterlegungsvertragsrecht, ist eine direkte Anwendung möglich.

Ich möchte der von Treyvaud und Hirschfeld ¹⁵⁰⁾ vertretenen Ansicht beipflichten ¹⁵¹⁾, nach der lediglich eine Spezialnorm des Lagervertrages vorliegt. Art. 484 OR könnte somit höchstens per analogiam für die Sammelverwahrung Geltung beanspruchen ¹⁵²⁾. Die Frage braucht aber, wie sich aus den nachfolgenden Erläuterungen ergibt, nicht entschieden zu werden.

2.2.3.5. Verhältnis zwischen Art. 727 ZGB und Art. 484 OR

Weiter muss abgeklärt werden, ob Art. 484 OR lediglich einen Anwendungsfall von Art. 727 ZGB darstellt oder ob er selbständiger Entstehungsgrund für Miteigentum ¹⁵³⁾ ist.

149) Für allgemeines Hinterlegungsvertragsrecht: Gautschi, Art. 484 N 1 a; Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 688; Grathwohl 118; Egger 111; Jenny 33; ablehnend Treyvaud 139 und Hirschfeld 41.

150) Treyvaud 141 und Hirschfeld 41; vgl. auch ZR 51 Nr. 118.

151) A.A. anscheinend BGE 90 II 162, wo bei einem Sammeldepot auf BGE 77 I 40 verwiesen wird, der ein Sammelager von flüssigen Brennstoffen zum Gegenstand hat.

152) Vgl. dazu hinten S. 112.

153) Sei es als sachen- oder als obligationenrechtliche Vorschrift; dazu gleich anschliessend 2.2.3.6.

In der älteren Literatur wird der erstgenannte Standpunkt vertreten¹⁵⁴⁾. Demnach müsste aus den bei Art. 727 ZGB dargelegten Gründen auch Art. 484 OR als Rechtsgrundlage für das Miteigentum am Sammelkontobestand wegfallen. Demgegenüber wird Art. 484 OR in neueren Werken losgelöst vom Verbindungsartikel betrachtet¹⁵⁵⁾. Diese Auffassung scheint mir insbesondere deshalb gerechtfertigt, weil beim Sammelager zwingend eine Vermengung von vertretbaren Sachen gleicher Art und Güte vorliegt, auf die Art. 727 ZGB von vornherein nur per analogiam anwendbar wäre.

2.2.3.6. Rechtsnatur von Art. 484 OR

Folgt man der eben erwähnten neuen Lehre und betrachtet Art. 484 OR als selbständige Grundlage für die Entstehung von Miteigentum am Sammelager, stellt sich weiter die Frage, ob diese Norm eine sachenrechtliche Vorschrift sei, d.h. ob ex lege Miteigentum entstehe¹⁵⁶⁾ oder ob der Artikel obligatorischer Natur sei und das Miteigentum vertraglich begründet werde¹⁵⁷⁾.

Ist das Miteigentum ein gesetzliches, knüpft es an den Realakt der Vermengung an¹⁵⁸⁾. Der in Art. 484 Abs. 2 OR statuierten ausdrück-

154) Oser/Schönenberger, Art. 484 N 4; Becker, Art. 484 N 2; Kühne 53; BGE 77 I 40. Dies ist auch die in Deutschland herrschende Lehre zum Verhältnis von § 419 HGB und § 948 BGB: Baur 486; Wolff/Raiser 269; Staudinger/Berg, N 7 zu § 948; Baumbach/Duden, § 419 N 2 A; Heymann/Kötter, § 419 N 1.

155) Vgl. die in Anm. 156 und 157 zit. Autoren und schon Zehnder 102.

156) So Liver, Eigentum, SPR V/1 59; Gautschi, Art. 481 N 9 b; implicite Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 688 ff.

157) So Treyvaud 141; Jenny 65; Engel 14.

158) Zu den Vorteilen dieser Vermengungstheorie vorn S. 68.

lichen Zustimmung käme somit nur noch im Schadenersatzrecht Bedeutung zu ¹⁵⁹⁾; die Entstehung des Miteigentums wäre von ihr unabhängig. Ist die Vorschrift hingegen vertraglicher Natur, hat sie lediglich das Verpflichtungsgeschäft über die Verschaffung von Miteigentum zum Gegenstand; die Berechtigung selber entsteht erst aufgrund eines entsprechenden Verfügungsgeschäftes.

Die neueren Publikationen führen entweder beide Entstehungsgründe an ¹⁶⁰⁾ oder entscheiden sich zugunsten der vertraglichen Variante ¹⁶¹⁾. Einzig der letztgenannten Auffassung ist m.E. zuzustimmen. Nur so ist verständlich, warum das Gesetz das ausdrückliche Einverständnis verlangt und sich nicht mit der einfachen Zustimmung begnügt: Das Miteigentum kann nach dieser Theorie, weil es auf einem Vertrag beruht, nämlich überhaupt nur entstehen, wenn und soweit der Konsens reicht ¹⁶²⁾.

Problematisch wären bei vertraglicher Begründung allerdings diejenigen Fälle, in denen die Vereinbarung an einem Willensmangel leidet. Indessen braucht dafür in casu keine Lösung getroffen zu werden, da der Kauf- (bzw. Tausch-) und der Hinterlegungsvertrag jeweils gleichzeitig abgeschlossen werden, der Willensmangel in der Regel beide Vereinbarungen beschlägt und der Eigentumserwerb dann mangels gültigen Kausalgeschäftes überhaupt nicht erfolgen kann. Die Vertragstheorie bringt also hier keine besonderen Nachteile.

159) Ähnlich auch Gautschi, Art. 484 N 1 c.

160) Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 689.

161) Haab/Zobl, Art. 727 N 94 d; Jenny 66; Treyvaud 141.

162) Zur ausdrücklichen Erklärung hinten S. 190 f.

2.2.3.7. Keine analoge Anwendung von Art. 484 OR

Zwar würden die lockeren Beziehungen zwischen den einzelnen Miteigentümern, wie sie sich aus Art. 484 OR ergeben, den Interessen des Kunden entsprechen. Fraglich ist hingegen, ob die analoge Anwendung von Art. 484 OR insofern zu befriedigen vermag, als er sich nur auf vertretbare Sachen bezieht¹⁶³⁾, also keine Metallbestände einbezogen werden könnten, die nicht fungibel sind¹⁶⁴⁾.

Letztlich muss jedoch die Anwendbarkeit auch dieses Artikels verneint werden, weil auch ihm ein anderer Sachverhalt zugrunde liegt. Entgegen der Situation beim Lagergeschäft geht es nicht darum, dass ständig wechselnde Beteiligte in ihrem Alleineigentum stehende Einzelsachen rationell zu verwahren suchen, wobei sie in Kauf nehmen, dass sich ihre Berechtigung vorübergehend in Miteigentum verwandelt. Wie vorn bereits dargelegt¹⁶⁵⁾, möchten die Kunden sich grundsätzlich auf Dauer als dinglich Berechtigte am vorgegebenen Sammelbestand beteiligen. Kurz gesagt, zur Diskussion gestellt ist nicht dynamisches Aufbewahren, sondern statisches Teilhaben.

2.2.4. Vertragliche Begründung des Miteigentums

2.2.4.1. Einleitung

Das Miteigentumsrecht des Kunden bei kontomässiger Sammelverwahrung konnte bisher aus keiner der beiden in Frage kommenden Gesetznormen, weder aus Art. 727 ZGB noch aus Art. 484 OR, hergeleitet

163) Art. 484 Abs. 1 OR; Guhl/Merz/Kummer 483; Gautschi, Art. 481 N 9 b.

164) Zur Fungibilität der Standardbarren vgl. hinten S. 138.

165) Vorn S. 64 f.

werden. Seine Grundlage ist allein der Vertrag zwischen dem Kunden und der Bank ¹⁶⁶⁾.

Vorn ¹⁶⁷⁾ wird kurz darauf hingewiesen, dass der Kunde das Miteigentumsrecht selber mittels eines Kauf- bzw. Tauschvertrages über einen Miteigentumsanteil erwirbt. Diese Feststellung gilt es nun zu begründen ¹⁶⁸⁾. Von diesem Sachverhalt - der Kunde kauft Gold oder tauscht es ein, d.h. er beteiligt sich neu oder mit einem grösseren Betrag als vorher am Sammelkonto - ist die Lage der Kontoinhaber in jenem Fall zu unterscheiden, in welchem sich der Umfang des verwahrten Bestandes ändert, sei es dass die Bank oder ein Kunde neues Metall einfügt ¹⁶⁹⁾, sei es dass ein Kunde die Auslieferung seines Metalles verlangt. Durch die Veränderung in der Zusammensetzung des Substrates ist das Miteigentum jedes einzelnen Gemeinschafters unmittelbar betroffen, weil sich sein Recht auf jeden einzelnen dazugehörigen Gegenstand bezieht ¹⁷⁰⁾. Diese Probleme bedürfen eingehender Erläuterung ¹⁷¹⁾.

2.2.4.2. Beitritt zur Sammelverwahrungsgemeinschaft

Der Beitritt zur Sammelverwahrungsgemeinschaft beruht, wie mehrfach

166) Der Vertrag derogiert also nicht dispositivem Gesetzesrecht (Jenny 48), sondern ist mangels entsprechender Normen einzige Rechtsquelle.

167) S. 50.

168) Dazu 2.2.4.2.

169) Die gleiche Rechtslage ist dann gegeben, wenn die Bank ihr Konzept ändert und statt der herkömmlichen die kontomässige Sammelverwahrung einführt. Der Kunde ist beim ersten Konzept nur an einer einzelnen Barren- oder Plättchenart, z.B. an 500 g-Barren der Feinheit 4 x 9, berechtigt. An allen anderen Sorten, die zum neuen Bestand gehören, muss er vorerst noch eine Berechtigung erwerben.

170) Dazu im einzelnen hinten S. 144.

171) 2.2.4.3. - 2.2.4.6.

erwähnt, auf dem Kauf eines Miteigentumsanteils. Die Bank ist ja selber am Sammelbestand beteiligt ¹⁷²⁾ und überträgt dem Kunden einen Teil dieser eigenen Berechtigung. Diese ist als gewöhnlicher Miteigentumsanteil frei übertragbar. Der neue Kunde wird zwar ein den bisherigen gleichgeordnetes Mitglied der Miteigentümergeinschaft ¹⁷³⁾. Aus dem Kaufvertrag entstehen für ihn jedoch keinerlei vertragliche Beziehungen zu anderen Miteigentümern ausser zur Bank. Solche Rechtsbeziehungen beruhen auf dem Sammelkontovertrag ¹⁷⁴⁾.

Zur rechtlichen Qualifikation jener Geschäfte, in denen der Kunde selber Gold einliefert, stehen zwei Wege offen. Die erste Variante geht, wie bereits erwähnt, davon aus, dass der Kunde sein Edelmetall gegen einen Miteigentumsanteil am Sammelbestand eintauscht ¹⁷⁵⁾. Die Bank überträgt, wie beim Kauf, einen Teil ihrer eigenen Berechtigung. Am Gold, das der Kunde einliefert, erwirbt die Bank Alleineigentum und zwar, wenn auch selten, bereits im Zeitpunkt, da sie Besitzerin wird. Muss hingegen der Feingehalt des Edelmetalls zuerst festgestellt werden, geht das Eigentum erst im Zeitpunkt der Buchung, d.h. bei Vorliegen der Resultate über ¹⁷⁶⁾. Bis zu diesem Zeitpunkt wird das Metall auf jeden Fall getrennt und mit dem Namen des Einlieferers versehen verwahrt. Nachteil dieser Konstruktion ist, dass die Bank Einlieferungen höchstens bis zum Be-

172) Ihr eigener Miteigentumsanteil - der sogenannte Eigenbestand - gehört zur Basis des Systems. Seinetwegen hat die Bank einerseits Gold zur Verfügung, um damit zu arbeiten, andererseits muss die Goldmenge insgesamt niemals genau mit den Kundenguthaben korrespondieren; in den entsprechenden Konditionen wird dies jeweils mit dem Wort "mindestens" angesprochen.

173) Im einzelnen hinten S. 89 und S. 129.

174) Dazu hinten S. 83 ff.

175) Vorn S. 51.

176) Zur Suspensivbedingung vorn S. 51.

trage ihrer eigenen Berechtigung entgegen nehmen kann ¹⁷⁷⁾. Nur soweit ist sie in der Lage, dem Lieferanten ein Miteigentumsrecht zu verschaffen. Kann der Kunde hingegen sein Edelmetall direkt in den Sammelbestand einbringen, fällt diese summenmässige Begrenzung weg. Die Goldmenge wird durch die der Berechtigung des neuen Kunden entsprechende Anzahl Barren ¹⁷⁸⁾ erweitert; es ist unmöglich, dass die Bank "short" geht. Auf diese zweite Variante, diese Geschäfte rechtlich zu begründen, wird im nächsten Abschnitt eingegangen.

2.2.4.3. Veränderungen im Umfang des Sammelverwahrungsbestandes

Erweitert die Bank den Depotbestand, indem sie neues Edelmetall beifügt, gestaltet sich die Rechtslage schwieriger. Jeder einzelne Miteigentümer muss nämlich an den neueingelieferten Beständen Eigentum erwerben und der Bank eine entsprechende Quote der bisherigen Berechtigung abtreten. Die gleiche Situation liegt, wie eben erwähnt, auch dann vor, wenn der Kunde direkt als Einlieferer betrachtet wird. Seine Rechtslage unterscheidet sich nicht von der der schon am Sammelbestand Beteiligten. Beide Seiten müssen am eigenen Edelmetall Anteile übertragen und an den fremden Barren Anteile erwerben ¹⁷⁹⁾. Alle diese Eigentumsübertragungen müssen vertraglich geregelt werden und bilden Gegenstand des eigentlichen Miteigentumsbegründungsvertrages ¹⁸⁰⁾.

177) Nicht weiter würde es m.E. helfen, diese Geschäfte in zwei separate Kaufverträge aufzuspalten (dazu Cavin, Tauschvertrag, SPR VII/1, 180 f.). Das von der Bank gekaufte Gold müsste nämlich bereits dem Sammelbestand eingefügt sein, bevor die Bank einen Teil ihres auf diese Weise vergrösserten Anteils übertragen könnte.

178) Direktes Einfügen ist nur bei Edelmetall in jenen Formen möglich, die dem Sammelbestand zugänglich sind. Dazu hinten S. 145 ff.

179) Boveri 36; Hirschfeld 22; Schumann 1087 und insbesondere Siebeck 36.

180) Zum Inhalt dieses Vertrages hinten S. 81 f.

2.2.4.4. Parteien des Vertrages über die Miteigentumsbegründung

Diese Vorgänge betreffen im Gegensatz zur vorher erläuterten Situation nicht nur das Verhältnis zwischen der Bank und einem einzelnen Miteigentümer, sondern die Beziehung zwischen allen an der Miteigentumsgemeinschaft Beteiligten und einer Einzelperson, sei es der Bank, sei es einem einliefernden Kunden ¹⁸¹⁾. Daraus erhellt, dass Parteien des Vertrages auf Miteigentumsbegründung immer die Miteigentümergeinschaft einerseits, die Bank oder der Lieferant andererseits sind ¹⁸²⁾.

Da solche Verträge laufend abgeschlossen werden und angesichts der grossen Zahl der an der Miteigentumsgemeinschaft beteiligten Personen, geht es nicht an, von jedem Einzelnen die Zustimmung zu jedem Geschäft einzuholen. Vielmehr ist es sinnvoll, die Bank als Stellvertreterin der Gemeinschaft einzusetzen ¹⁸³⁾, und zwar sowohl in obligationenrechtlicher als auch in sachenrechtlicher Hinsicht.

Was die schuldrechtliche Seite betrifft, liegt ein Fall direkter Stellvertretung vor: Die Bank ist zur Vertretung der Miteigentümer ermächtigt und schliesst in deren Namen den Vertrag ab (Art. 32 Abs. 1 OR). Mit der Unterzeichnung des Sammelkontovertrages ist die Bevollmächtigung verbunden. Dies muss sich aus dem Depotreglement klar ergeben ¹⁸⁴⁾. Dass die Bank nicht im eigenen Namen handelt, sondern als Vertreterin der Gemeinschaft, ergibt sich ebenfalls aus

181) Ist die Bank Lieferantin, wird der Vertrag zwischen der Gemeinschaft und einer an der gleichen Gemeinschaft beteiligten Miteigentümerin geschlossen; liefert ein Kunde ein, ist der Vertragspartner noch aussenstehender Dritter.

182) Jenny 67; Brass 79; Billmann 37; de Preux 27; Siebeck 36.

183) Jenny 67; Brass 79; Siebeck 36; Schultz/Opitz, Gutachten 5.

184) Vgl. N 185.

dem Text des Reglementes, in dem ihr die Befugnis zugesprochen wird, die Rechte der Kunden gegeneinander wahrzunehmen ¹⁸⁵⁾. Dazu kommt, dass es diesen auch offensichtlich gleichgültig ist ¹⁸⁶⁾, mit wem sie den Vertrag schliessen, da sie wegen des Bankgeheimnisses weder berechtigt noch auch nur daran interessiert sind, ihre Vertragspartner zu kennen ¹⁸⁷⁾.

Zur sachenrechtlichen Komponente der Stellung der Bank gelten die Ausführungen zum Zeitpunkt der Entstehung des Miteigentums ¹⁸⁸⁾.

2.2.4.5. Bedeutung und Inhalt des Miteigentumsbegründungsvertrages

Der Vertrag geht in erster Linie darauf, der Bank die Möglichkeit zu geben, das Substrat der Gemeinschaft durch Einfügen neuer Barren zu erweitern; darin manifestiert sich seine enorme Bedeutung. Ohne diese Vereinbarung könnte die Bank zwar Kunden an einem fixen Bestand beteiligen; dessen Vergrösserung bliebe ihr jedoch versagt.

Durch die vorn ^{188a)} erwähnte gegenseitige Uebertragung von Miteigentum wird die Quote des Einzelnen in absoluten Zahlen zwar kleiner, da sich der Nenner des mathematischen Bruches ändert, mit dem seine Beteiligung rechnerisch zum Ausdruck gebracht wird ¹⁸⁹⁾. Fügt die

185) Dazu Ziff. 3 hinten S. 204.

186) Art. 32 Abs. 2 OR; Jenny 69 f.; von Tuhr/Peter 386 f.; Guhl/Merz/Kummer 156; Schultz/Opitz, Gutachten 5.

187) Dazu vorn S. 65.

188) Hinten S. 123.

188a) Vorn S. 79.

189) Vgl. dazu: Heinz Rey, Zur Quotenänderung beim Stockwerkeigentum, ZBGR 1979 3.

Bank selber das Gold ein, wächst der Zähler ihrer Bruchzahl; liefert ein Kunde, kommt ihm die entsprechende Quote zu ¹⁹⁰⁾. Wirtschaftlich gesehen ist die Transaktion für bisher Beteiligte hingegen irrelevant ¹⁹¹⁾. Die eben erwähnte Verkleinerung des Bruches wird dadurch ausgeglichen, dass die Gesamtmenge anwächst.

Diese wirtschaftliche Indifferenz widerlegt auch den Einwand, dass das Vertragsobjekt des Miteigentumsbegründungsvertrages zu unbestimmt sei. Wird der Deponent durch die Erweiterung des Substrates nicht belastet, spielt es für ihn auch keine Rolle, ob er weiss, wann und welche Barren beigelegt werden, oder ob er das nicht weiss ¹⁹²⁾.

Der Miteigentumsbegründungsvertrag selber ist derjenige Vertrag, der zwischen einer Einzelperson und einer Miteigentümergeinschaft abgeschlossen wird und darauf geht, an allen Sachen, aus denen sich das Substrat einer Miteigentümergeinschaft zusammensetzt und durch die es erweitert wird, sich gegenseitig entsprechend den jeweiligen Quoten Miteigentumsanteile zu übertragen ¹⁹³⁾.

Dabei ist festzuhalten, dass der Vertrag den Charakter eines Verpflichtungsgeschäfts hat. Das Miteigentum selber entsteht erst aufgrund der Erfüllung durch das Verfügungsgeschäft. Diese erfolgt einerseits durch das Einfügen des Metalls in den Sammelbestand, andererseits automatisch aufgrund der Buchungen, die die Bank vornimmt.

190) Vgl. auch Schultz/Opitz, Gutachten 5.

191) Kiesow 12. Zu den Konsequenzen dieser Feststellung vgl. hinten S. 102.

192) Ähnlich auch Jenny 70.

193) In Deutschland ist die Zulässigkeit rechtsgeschäftlicher Begründung von Miteigentum heute allgemein anerkannt: Staudinger/Vogel, § 741 N 3; von Gamm in RGRK Komm. zu BGB § 741 N 4. Für das schweizerische Recht: Jenny 66 ff.; Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 689; Haab/Zobl, Art. 727 N 94 d.

2.2.4.6. Zulässigkeit des Selbstkontrahierens

Eine Rechtsfrage, die sich nur dann stellt, wenn die Bank den Sammelbestand erweitert, bedarf gesonderter Betrachtung. Da die Bank zugleich als Vertreterin der Miteigentümergeinschaft auftritt, muss abgeklärt werden, ob sie nicht in unzulässiger Weise mit sich selber kontrahiere.

Das Insichgeschäft ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur zulässig, "wo die Natur des Geschäftes die Benachteiligung des Vertretenen ausschliesst, oder wo der Vertretene den Vertreter zum Geschäftsabschluss besonders ermächtigt oder diesen nachträglich genehmigt hat" ¹⁹⁴⁾. Ohne zur zweiten Variante greifen zu müssen, kann hier die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens bereits aus der ersten Möglichkeit geschlossen werden. Beide Leistungspflichten, sowohl die der Bank als auch die der Kunden, sind zum vornherein festgelegt. Der Vertreterin steht kein Ermessensspielraum zu, den sie zu eigenen Gunsten ausnützen könnte. Dazu kommt, dass das Geschäft, wie bereits dargelegt, für den Kunden wirtschaftlich indifferent ist. Es besteht also keine Gefahr, dass die Bank die Kunden benachteiligen könnte.

2.2.4.7. Struktur der Vereinbarungen zwischen Bank und Kunde

In diesem Abschnitt sollen die einzelnen Abmachungen zwischen Bank und Kunde, die bisher erläutert worden sind, zueinander in Beziehung gesetzt werden. Aus ihrer Stellung im Vertragsganzen wird ermöglicht, Folgerungen zu ziehen für dessen Qualifikation.

194) BGE 89 II 324; vgl. auch 95 II 453. Allgemein: von Tuhr/Peter 364.

Zusammengefasst sind die einzelnen Vereinbarungen ¹⁹⁵⁾ die folgenden ¹⁹⁶⁾: Kaufvertrag bzw. Tauschvertrag ¹⁹⁷⁾ zum Erwerb des Miteigentumsanteils, Miteigentumsbegründungsvertrag, Hinterlegungsvertrag ¹⁹⁸⁾ und die hinten erläuterte Verwaltungsordnung der Gemeinschaft der Miteigentümer ¹⁹⁹⁾. Der Kauf- bzw. Tauschvertrag dient dem Beitritt zur Miteigentumsgemeinschaft, der Miteigentumsbegründungsvertrag ihrer Flexibilität, sowohl in sachlicher Hinsicht - nämlich was die Einfügung von neuem Edelmetall betrifft - als auch in persönlicher Hinsicht - insoweit Kunden, die selber Edelmetall einliefern, durch dessen Abschluss der Gemeinschaft beitreten. Der Hinterlegungsvertrag soll im Rahmen der Gemeinschaftsordnung den Verbleib der gemeinsamen Sachen regeln und der Bank deren Obhut überbinden.

Es zeigt sich, dass die meisten dieser Vereinbarungen einem ganzheitlichen Zweck dienen: Der rechtlichen Ordnung des Miteigentums am Sammelbestand bei kontomässiger Sammelverwahrung. Einzig der Kauf bzw. Tausch verfolgt ein anderes Ziel, hier geht es lediglich um den einmaligen Vorgang des Erwerbs einer Berechtigung. Zur Beantwortung der Frage, ob, abgesehen davon, mehrere einzelne Verträge oder ein ganzheitliches Vertragswerk vorliegen, ist auf den Willen der Parteien abzustellen ²⁰⁰⁾. Kunde und Bank betrachten die

195) Ich möchte sie hier noch nicht als Vertragselemente bezeichnen, da dies bereits als Vorwegnahme ihrer Einordnung aufgefasst werden könnte.

196) Auf einige wenige Klauseln wird an gegebener Stelle noch einzugehen sein.

197) Es sollen hier bei Kunden, die selber Gold einliefern, beide Varianten zur Begründung des Miteigentums verfolgt werden.

198) Zu dessen speziellem Charakter und seiner besonderen Funktion in der Miteigentumsordnung vgl. hinten S. 119 ff.

199) Hinten S. 116 ff.

200) Schluep, Innominatverträge, SPR VII/2, 773.

Vereinbarungen als Einheit. Nur so kommen sie voll zum Tragen. Sie setzen sich gegenseitig voraus und ergänzen sich.

Der Vertrag über die kontomässige Sammelverwahrung ²⁰¹⁾ ist einerseits ein gemischter Vertrag, da er essentialia der drei eben erwähnten verschiedenen Vertragstypen enthält. Zugleich präsentiert er sich auch als Vertrag eigener Art, indem er als Tatbestandsmerkmal die Vereinbarung über die Miteigentumsbegründung enthält, also einen gesetzlich nicht geregelten Vertragstypus ²⁰²⁾.

2.2.4.7. Benennung und Definition des Vertrages über kontomässige Sammelverwahrung (Sammelkontovertrag)

Die kontomässige Sammelverwahrung ist ein Bankgeschäft, das erst in jüngster Zeit entstanden ist und sich, wie vorn ²⁰³⁾ erwähnt, insbesondere daraus ergeben hat, dass mit dem Aufschwung des Goldhandels der Einbezug der Standardbarren zum dringenden Bedürfnis der Banken wurde ²⁰⁴⁾. Nachdem noch im Oktober 1980 nur ein einzelnes Institut mit seinen Kunden solche Verträge abgeschlossen hat, ist zu erwarten, dass aufgrund des Musterreglementes der Schweizerischen Bankiersvereinigung sich auch weitere Institute entschliessen, zur kontomässigen Sammelverwahrung überzugehen. Der Vertrag entwickelt sich - obwohl man ihn noch nicht als allgemein bekannt betrachten darf ²⁰⁵⁾ - zu einem eigentlichen Verkehrstypus.

201) Zum Namen des Vertrags gleich nachfolgend.

202) Schluep, Innominatverträge, SPR VII/2, 772; Meier-Hayoz, SJK 1134 1 und SJK 1135 1.

203) Vorn S. 21 f.

204) Zur Schaffung neuer Vertragstypen durch neue wirtschaftliche Bedürfnisse vgl. Schluep, Innominatverträge, SPR VII/2, 798.

205) Dazu hinten S. 199 f.

Die im Gesetz geregelten Verkehrstypen tragen einen Namen, der sie charakterisiert und damit den Beteiligten eine einfache und rasche Verständigung ermöglicht. Innominatverträge - von keinem Gesetz benannte Verträge ²⁰⁶⁾ - erhalten ihre Benennung aus der Verkehrs-
sitte und aus der Wissenschaft ²⁰⁷⁾. Zur Unterscheidung des vorliegenden Vertrages über die kontomässige Sammelverwahrung von dem über herkömmliche Sammelverwahrung einerseits, der unter dem Namen Sammelverwahrungs-, oder Sammeldepotvertrag bekannt ist, und dem Metallkonto mit obligatorischer Berechtigung andererseits, scheint mir die Bezeichnung "Sammelkontovertrag" angemessen. Der erste Wort-
teil weist darauf hin, dass ein Bestand, an dem mehrere berechtigt sind, gemeinsam verwahrt wird, der zweite Teil betont die konto-
mässige Aufzeichnung der Berechtigung.

Der Sammelkontovertrag kann also definiert werden als Vertrag zwischen einem Bankkunden und einer Bank, der die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen zwischen ihm, der Bank und sämtlichen Miteigen-
tümern regelt, wenn der dem Kunden an einem heterogenen ²⁰⁸⁾ Edel-
metallbestand zustehende Miteigentumsanteil durch die Bank nach Feingewicht berechnet und kontomässig aufgezeichnet wird ²⁰⁹⁾.

3. Eigenart des labilen Miteigentums

Vorbemerkung

Unter Ziffer 2. wurde dargelegt, dass die Kunden sowohl bei der her-
kömmlichen als auch bei der kontomässigen Sammelverwahrung Miteigen-
tümer der entsprechenden Edelmetallbestände sind. Im folgenden gilt

206) Schluep, Innominatverträge, SPR VII/2, 770.

207) Schluep, Innominatverträge, SPR VII/2, 799.

208) Dazu hinten S. 145 ff.

209) Zur Pflicht jeden Miteigentümers, diesen Vertrag abzuschlies-
sen, hinten S. 109 f.

es, dieses Miteigentum zu erfassen. Auszugehen ist von den Art. 646 ff. ZGB, die aber aufgrund abweichender vertraglicher Regelung²¹⁰⁾ nur insoweit zum Zuge kommen, als sie mit dem Zweck der Sammelverwahrung vereinbar sind²¹¹⁾, insbesondere den lockereren Beziehungen in der Gemeinschaft Rechnung tragen²¹²⁾ 213). Dabei zeigt sich, dass gewisse Merkmale dem Miteigentum bei beiden Verwahrungsarten gemeinsam sind. Doch können auch die Unterschiede nicht ausser Acht gelassen werden. Sie rechtfertigen die Beibehaltung der getrennten Darstellung der beiden Verwahrungsarten.

Die Ausführungen über die Miteigentumsordnungen sollen zeigen, dass das so modifizierte²¹⁴⁾ Miteigentum "wirklich ein umfassendes²¹⁵⁾ Eigentumsrecht" ist und nicht "lediglich ein rechnerischer Anteil"²¹⁵⁾.

3.1. Bei der herkömmlichen Sammelverwahrung

3.1.1. Verfügungen des Miteigentümers

3.1.1.1. Verfügungen über den Anteil

Die für das Miteigentum charakteristische freie Uebertragbarkeit

210) Jenny 94.

211) Holzach 45.

212) Boveri 43.

213) Für das deutsche Recht: Brink 5; Canaris 957.

214) Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 687; von Gamm in RGRK Komm. zum BGB § 741 N 2; Grossheintz 160.

215) Etter, SJZ 1978 103 1. Sp.

der Anteile nach Art. 646 Abs. 3 ZGB ²¹⁶⁾ bildet Grundlage des ganzen Systems. Kein Miteigentümer kann der Verfügung eines anderen über dessen Berechtigung oder einen Teil davon widersprechen, auch wenn er aus irgendeinem Grunde seine Interessen für bedroht halten sollte ²¹⁷⁾.

Wie vorn ²¹⁸⁾ dargelegt, tritt der Kunde der Gemeinschaft bei, indem er zur Erfüllung des Kaufvertrages einen Miteigentumsanteil akzeptiert, anstelle von Alleineigentum, auf das er eigentlich Anspruch hätte. Zur Begründung dieser Rechtsübertragung stehen zwei Wege offen: Nach der einen Variante erwirbt der Kunde einen Teil des Anteils der Bank ²¹⁹⁾; über ihre eigene Berechtigung steht ihr freie Verfügungsmacht zu. Nach der anderen Variante - sie ist zwar komplizierter - wäre es denkbar, die neue Berechtigung auf Kosten aller bisher Beteiligten entstehen zu lassen. Dann würde die Bank bei der Verschaffung des Eigentums als Stellvertreterin der übrigen Bankkunden auftreten und müsste über eine entsprechende Vollmacht verfügen. Der Abschnitt, der auf das Miteigentum der Kunden hinweist, wäre in diesem Sinne zu ergänzen; beispielsweise durch den Satz: "Die Bank ist befugt, jederzeit neue Kunden am Sammelbestand zu berechtigen". Damit würde dem Kunden bewusst, dass jedes neue Geschäft der Bank seine eigene Rechtsstellung berührt. Welche Möglichkeit den Vorzug verdient, braucht nicht entschieden zu werden.

Auch wenn der Kunde seine bestehende Berechtigung der Bank übertragen will, - der Praktiker spricht ausdrücklich davon, dass das Gold

216) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 198 und Art. 646 N 1, 34 und 35; Liver, Eigentum, SPR V/1, 54 und 60; Tuor/Schnyder 533; Haab, Art. 646 N 10; Brass 95. Für das deutsche Recht: Soergel/Baur, N 2 vor § 1008; Staudinger/Berg, § 1008 N 1; Hedemann 196; Westermann 126; Wolff/Raiser 351.

217) Meier-Hayoz, Art. 646 N 35; de Preux 27; ferner Soergel/Baur, N 2 vor § 1008.

218) Vorn S. 48 f.

219) Auch sie ist Miteigentümerin; dazu vorn S. 48.

der Bank verkauft werde - veräussert er ihr seinen Miteigentumsanteil. Die Bank scheidet die entsprechenden Barren nicht aus, sondern verwahrt sie weiter mit den anderen im Sammelbestand.

Ebenso sind Geschäfte zwischen schon am Bestand beteiligten Kunden, z.B. zwischen zwei Banken, als Uebertragung des Miteigentumsanteils aufzufassen. Man muss sich jedoch bewusst sein, dass über dieses Metall vorerst keine vertraglichen Beziehungen, kein Sammeldepotvertrag, zwischen der Bank und dem Erwerber bestehen, wie beim Kauf von der Bank selber. Dort wird, wie vorn ²²⁰⁾ dargelegt, gleichzeitig mit dem Kauf auch die Verwahrung des Edelmetalls geregelt. Dennoch ist der Käufer eines Anteils volles und gleichgeordnetes Mitglied der Miteigentümergeinschaft ²²¹⁾. Hingegen steht ihm der selbständige Ausscheidungsanspruch noch nicht zu ²²²⁾. Es gilt die gesetzliche Regelung des Miteigentums, allenfalls müsste auf die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) ausgewichen werden. Der Kunde ist jedoch gehalten, die Abtretung des Anteils der Bank mitzuteilen, da ihr gegenüber der Besitz am Edelmetall zwischen ihm und dem Erwerber durch Besitzanweisung übertragen wird. Die Umbuchung durch die Bank darf m.E. als Offerte zu einem Hinterlegungsvertrag im Umfang der neuen Berechtigung gewertet werden, die der Erwerber durch Schweigen ²²³⁾ akzeptiert.

Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage in jenem vorwiegend theoretischen Fall, dass der Kunde sein Edelmetall einem aussenstehenden Dritten verkaufen will. Er überträgt zwar ebenfalls den Mit-

220) Vorn S. 39 ff.

221) Haab, Art. 646 N 11 und 26; Soergel/Baur, N 5 vor § 1008 BGB. Auch wenn bloss ein Teil der Berechtigung des Kunden übertragen wird - was dem Miteigentümer wie einem Alleineigentümer selbstverständlich frei steht - entstehen keine Untergemeinschaften. Dazu auch hinten S. 129 f.

222) Dazu hinten S. 95.

223) Hinten S. 194 ff.

eigentumsanteil und informiert die Bank darüber. Zwischen jener und dem Erwerber bestehen jedoch noch gar keine vertraglichen Beziehungen. Auch er ist vorerst auf gesetzliche Ansprüche aus dem Miteigentum angewiesen. Der Hinterlegungsvertrag wird erst abgeschlossen, wenn der Erwerber die AGB bzw. das Depotreglement der Bank unterschreibt.

Mit Bezug auf die Belastungen des Anteils mit beschränkten dinglichen Rechten kann auf das hinten ²²⁴⁾ zur kontomässigen Sammelverwahrung Gesagte verwiesen werden.

3.1.1.2. Herleitung des selbständigen Ausscheidungsanspruches

Die Möglichkeit, das Edelmetall physisch zu beziehen, ohne dass der Kunde dazu die Zustimmung der übrigen Deponenten einholen muss, ist von ausschlaggebender Bedeutung. Die nachfolgenden Ausführungen gelten der Herleitung dieses Ausscheidungsanspruches. Für seine Stellung im Sammeldepotvertrag gilt das vorn ²²⁵⁾ Gesagte, seine Rechtsnatur wird im nächsten Abschnitt behandelt. Für seinen Gegenstand sei auf die Ausführungen hinten ²²⁶⁾ verwiesen.

Wie vorn dargelegt ²²⁷⁾, entsteht das Miteigentum beim Sammelager nach Art. 484 OR aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung. Das Gleiche gilt dort auch für die Möglichkeit, die dem Anteil eines Einzelnen entsprechende Menge Güter auszusondern (Art. 484 Abs. 2 und 3 OR; sog. labiles Miteigentum); auch dieser modifizierte Auslieferungsanspruch ist vertraglicher Natur. Man muss sich nämlich vor

224) Hinten S. 110 f.

225) Vorn S. 62 f.

226) 3.1.1.4., S. 95.

227) Vorn S. 74 f.

Augen halten, dass in Anwendung der allgemeinen Teilungsregelung für Miteigentum, die das Gesetz in Art. 650 ZGB statuiert, auch beim Sammellager eine Einigung aller Miteigentümer erforderlich wäre²²⁸⁾ 229). Eine von der gesetzlichen Ordnung abweichende Vereinbarung ist jedoch angesichts der dispositiven Natur dieser Normen zulässig.

Bei der herkömmlichen Sammelverwahrung entsteht das Miteigentum, wie aufgezeigt, aufgrund des Vermengungsvorganges²³⁰⁾, und zwar ist dieses Miteigentum an sich gewöhnliches Miteigentum. Seine Aufhebung wäre nur bei Einstimmigkeit möglich. Der erwähnte vertragliche Charakter der Aussonderungsordnung verbietet eine direkte Anwendung von Art. 484 OR auf das gesetzliche Miteigentum²³¹⁾. Eine entsprechende Regelung bedarf auch beim Sammelkonto einer Vereinbarung zwischen den Miteigentümern²³²⁾. Diese räumen damit jedem Beteiligten das Recht ein, die Ausscheidung von Barren zu verlangen, ohne dass eine Zustimmung der anderen Berechtigten zu den einzelnen

228) Meier-Hayoz, Art. 651 N 2. Dass eine solche Regel für die Sammelverwahrung äusserst lästig und unpraktikabel ist, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden.

229) Auch wenn nur ein einziger Miteigentümer ausscheidet, liegt eine Teilung des Miteigentums vor. Besonders ist lediglich, dass sie sich weder in subjektiver Hinsicht auf alle Miteigentümer, noch in objektiver Hinsicht auf das ganze Substrat bezieht.

230) Vorn S. 20 f.

231) Anderer Meinung: Haab/Zobl, Art. 727 N 90 für die Vermengung vertretbarer Sachen gleicher Art und Güte und N 94 c für das Sammeldepot, jedoch nur im Fall, dass der Kunde der Sammelverwahrung nicht zugestimmt hat. Hirschfeld 41 entscheidet sich nicht, ob Art. 484 OR aufgrund eines Analogieverfahrens oder kraft Parteiwillens anwendbar ist. Ohne Begründung auch Grathwohl 119. Vgl. ferner Grossheintz 165 f. und für das deutsche Recht: Kiesow 32; Lent/Schwab 150 und Schultz/Opitz, Gutachten 4.

232) So auch Jenny 100.

Begehren erforderlich ist. Inhalt dieser Abmachung, die den Charakter eines Teilungsvertrages hat ²³³⁾, ist entweder der Verzicht auf die Zustimmung selber. Dann steht die Ausübung des Bezugsrechts in keinem funktionellen Zusammenhang mit der Wirksamkeit des Teilungsvertrages. Denkbar ist auf der anderen Seite, dass die Miteigentümer bereits in dieser Vereinbarung jeder einzelnen Teilung zustimmen. Dann ist die Erklärung des Kunden, er verlange die Auslieferung, als suspensive Potestativbedingung zu betrachten, die den Eintritt der Vertragswirkungen erst herbeiführt. Die erste Variante verdient den Vorzug. Diese Teilungsklausel ist Bestandteil des Sammeldepotvertrages ²³⁴⁾.

3.1.1.3. Rechtsnatur des Ausscheidungsanspruches

Es gilt nun, diesen Aussonderungsanspruch in die allgemeine Regelung der Art. 646 ff. ZGB einzuordnen.

Nach der herrschenden Lehre zu Art. 484 OR bilden Abs. 2 und 3 dieses Artikels *leges speciales* zu Art. 651 Abs. 1 und 2 ZGB, weil sie bezüglich der Zuständigkeit eine Sonderregelung für die Teilung des Miteigentums enthalten ²³⁵⁾. Diese Auffassung bringt m.E. die Unterscheidung zwischen der obligatorischen und der dinglichen Komponente der Rechtslage zu wenig zum Ausdruck.

233) Seine Aufhebung kann nämlich bereits im Zusammenhang mit jenem Rechtsverhältnis geregelt werden, das dem Miteigentum zugrunde liegt (Heck 232; Meier-Hayoz, Art. 651 N 4). Der Teilungsvertrag untersteht den allgemeinen vertragsrechtlichen Vorschriften, insbesondere auch der Vertragsfreiheit (Meier-Hayoz, Art. 651 N 9).

234) Vorn S. 62.

235) Meier-Hayoz, Art. 651 N 7; Haab, Art. 650/51 N 13; Haab/Zobl, Art. 727 N 92 und 94 c; Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 691.

Der Teilungsvertrag beschränkt sich darauf, den Verzicht auf die nach Art. 651 Abs. 1 ZGB bei der Aufhebung von Miteigentum erforderliche Zustimmung zur Uebertragung einzelner Sachen auf einen bestimmten Miteigentümer²³⁶⁾ auszusprechen. Er verleiht weder ein dingliches Recht noch einen obligatorischen Anspruch auf Auslieferung einer entsprechenden Anzahl Barren: Der Kunde kann nicht vindizieren, weil er noch nicht Alleineigentümer des Metalles ist; die erforderliche Tradition hat noch nicht stattgefunden²³⁷⁾. Als Miteigentümer fehlt ihm die Legitimation zu einer Klage auf Herausgabe der Barren an sich selber und nicht auch noch an die anderen Miteigentümer²³⁸⁾. Ebenso ist sein Anspruch auch keine partis vindictio²³⁹⁾, da der Kunde nicht den Anteil selber verlangt, sondern die seinem Anteil entsprechenden Barren oder Münzen. Trotz des Teilungsvertrages wäre der Kunde, wie bei der Auflösung gewöhnlicher Miteigentumsverhältnisse, auf einen obligatorischen Anspruch ange-

236) Eine Aufteilung in dem Sinn, dass bestimmte Sachen einem einzelnen Teilhaber zugewiesen werden, ist auch beim gewöhnlichen Miteigentum möglich (Meier-Hayoz, Art. 651 N 21). Das ist m.E. ein weiterer Grund, weshalb es sich erübrigt, eine gesamthänderische Bindung der Anteile an den einzelnen Sachen anzunehmen (Schulze-Osterloh 209 und hinten S. 136). Die Möglichkeit der Zuweisung bzw. im vorliegenden Fall der Aussonderung einzelner ganzer Barren ergibt sich auch nicht daraus, dass das Depot als Einheit betrachtet wird (so Boveri 28; dazu hinten S. 135). Vielmehr ist dies eine unmittelbare Konsequenz der Absicht des Gesetzgebers, auch im Teilungsfall nicht sinnlos Werte zu zerstören. Man muss sich ohnehin im ganzen Miteigentumsrecht vor Augen halten, dass der Gesetzgeber von der Vorstellung ausgegangen ist, dass nur ein einzelner Gegenstand Substrat des Miteigentums bilde.

237) ZR 36 Nr. 118 spricht von einem dinglichen Herausgabeanspruch auf die entsprechende Anzahl Barren. Diese Formulierung widerspricht aber dem Spezialitätsprinzip.

238) Meier-Hayoz, Art. 641 N 41. Lent/Schwab 149 f. und Staudinger/Berg, § 948 N 1, die eine Vindikation der entsprechenden Anzahl befürworten. Diese Konstruktion scheitert m.E. am Spezialitätsprinzip.

239) Meier-Hayoz, Art. 641 N 41.

wiesen, durch den alle andern Miteigentümer gemeinsam verpflichtet sind ²⁴⁰⁾.

Ein persönlicher Restitutionsanspruch ergibt sich hingegen aus dem Sammeldepotvertrag ²⁴¹⁾. Er richtet sich ausschliesslich gegen die Bank, die vom schuldrechtlichen Standpunkt aus betrachtet selbständig auftritt ²⁴²⁾ ²⁴³⁾. Hat der Kunde der Sammelverwahrung zugestimmt, geht die Forderung auf eine entsprechende Anzahl Barren aus dem Sammelbestand ²⁴⁴⁾. Fehlt das Einverständnis zur Vermengung, hat er lediglich eine Forderung auf Rückgabe der hingegebenen Sachen selber. Da diese aber nicht mehr individualisiert werden können, ist die Erfüllung dieser Verpflichtung unmöglich geworden und die Bank haftet nach Art. 97 ff. OR für den entstandenen Schaden ²⁴⁵⁾.

240) Meier-Hayoz, Art. 651 N 4.

241) Aehnlich Gautschi, Art. 484 N 3 b.

242) Meier-Hayoz, Art. 651 N 7; Becker, Art. 484 N 2; Grossheintz 167; Schlegelberger/Schröder, N 15 zu § 419 u.a. Deshalb kann der Kunde bei Dritten hinterlegtes Gold auch nicht direkt vom Drittverwahrer herausverlangen (dies wird von Etter, SJZ 1978 103 l.Sp. bemängelt. Geschützt werden müsste aber m.E. die Klage gegen einen Drittverwahrer auf Herausgabe an alle Miteigentümer. Einem solchen Begehren würde sich die Bank, wenn sie davon Kenntnis erlangt, zweifelsohne zur Wehr setzen, was allenfalls aus prozessualen Gründen die Abweisung der Klage zur Folge hätte).

243) Sachenrechtlich gesehen amtet die Bank hingegen als Stellvertreterin der anderen Miteigentümer (Brass 94).

244) Dazu gleich anschliessend.

245) Bezüglich der Art des Schadenersatzes können die Ausführungen zur Tragung von Verlusten beigezogen werden, hinten S. 106.

3.1.1.4. Gegenstand des Ausscheidungsanspruches

Bei der herkömmlichen Sammelverwahrung decken sich Gegenstand des Auslieferungsanspruches und Gegenstand des Miteigentums. Die Berechtigung des Kunden erstreckt sich lediglich auf eine ganz bestimmte Barren- oder Münzensorte, z.B. auf Silberbarren von 1 kg Gewicht der Feinheit 999/1000 oder auf 50 g-Goldplättchen der Feinheit 4 x 9, deren Auslieferung der Kunde auch verlangen kann.

An allem übrigen Edelmetall, das von der Bank verwahrt wird, steht ihm kein Recht zu.

3.1.1.5. Realobligation zum Abschluss des Sammeldepotvertrages

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass der selbständige Ausscheidungsanspruch einem Miteigentümer, der seinen Anteil nicht von der Bank erworben hat, bis zum Abschluss des Sammeldepotvertrages nicht zusteht. Der Käufer ist aber nicht frei, diesem Vertrag und damit der modifizierten Ausscheidungsordnung zuzustimmen. Solche Vereinbarungen sind nämlich unerlässlich für ein zufriedenstellendes Funktionieren des Systems. Deshalb rechtfertigt es sich, eine Klausel in die Konditionen aufzunehmen, die den jeweiligen Inhaber eines Miteigentumsanteils zum Abschluss des Sammeldepotvertrages verpflichtet; ihre Verbindlichkeit für jeden Erwerber ergibt sich aus Art. 649 a ZGB ²⁴⁶⁾.

246) Vgl. dazu die Ausführungen hinten S. 109 bei der kontomässigen Sammelverwahrung.

3.1.2. Gemeinschaft der Miteigentümer

3.1.2.1. Im allgemeinen

Ausgangspunkt der Betrachtung der Miteigentümergeinschaft beim Sammeldepot ist, dass sie aufgrund der Vermengung von Edelmetallbarren entsteht. Sie beruht auf einem Realakt, nicht auf Vertrag²⁴⁷⁾. Die Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Teilhabern sind teils dinglicher, teils persönlicher Natur; vertraglicher Art nur insoweit, als sie die Auflösung der Gemeinschaft betreffen²⁴⁸⁾. Die gewöhnlich aus einer Objektsgemeinschaft resultierenden Bande von Person zu Person werden versachlicht und noch lockerer²⁴⁹⁾. Sie sind ferner auf ein Minimum beschränkt, ohne aber den Charakter der Gemeinschaft als Gemeinschaft nach Bruchteilen zu tangieren. Eine solche Reduktion seiner Beziehung zu den anderen wünscht jeder Kunde aufgrund des Bankgeheimnisses²⁵⁰⁾, und zwar ist er sowohl am Stillschweigen über seine Edelmetallgeschäfte an sich wie auch über deren Umfang interessiert. Einziger Zweck der Gemeinschaft ist die gemeinsame Berechtigung an den Barren²⁵¹⁾.

Im folgenden muss geprüft werden, ob eine solche Miteigentumsordnung mit den Art. 646 ff. ZGB in Einklang steht. Auf den verselbständigten Ausscheidungsanspruch wurde bereits eingegangen²⁵²⁾.

247) So auch Servais 37. Dies will wohl auch de Preux 27 ausdrücken, wenn er sagt, dass zwischen den einzelnen Miteigentümern keine Rechtsbeziehung, sondern nur eine Miteigentümergeinschaft bestehe.

248) Dazu vorn S. 91 f.

249) Boveri 43.

250) Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 691; Haab/Zobl, Art. 727 N 94 c.

251) Von Gamm in RGRK Komm. zum BGB § 741 N 1. Das von Jenny 94 weiter angeführte Ziel des Erwerbes des Miteigentums steht m.E. nicht im Zusammenhang mit der Gemeinschaft.

252) Vorn S. 90 ff.

Die Verwaltungsordnung wird separat behandelt ²⁵³⁾. Die nachfolgenden Gedanken stehen in der Reihenfolge der entsprechenden Artikel des Miteigentumsrechtes.

Die Sammeldepotgemeinschaft besteht aus einer ständig wechselnden, nur der Bank bekannten, beträchtlichen Anzahl von Kunden. Kann eine solche Vielzahl noch als "mehrere Personen" im Sinne von Art. 646 ZGB verstanden werden oder ist die gemeinsame Berechtigung "mit einer unbekannten Anzahl anderer Miteigentümer kein umfassendes Eigentumsrecht mehr?" ²⁵⁴⁾. Sicher stand dem Gesetzgeber von 1907 bei der Ausarbeitung der Artikel eine relativ geringe Zahl von Miteigentümern vor Augen. Im revidierten Recht wird aber - insbesondere durch die differenzierte Ausgestaltung des Mehrheitsprinzips - der Tatsache Rechnung getragen, dass in vermehrtem Masse eine Vielzahl von Personen an einem Miteigentumsverhältnis beteiligt ist. Je mehr Teilhaber, desto geringer werden zwangsläufig deren persönliche Beziehungen. Dies widerspricht solange nicht dem Institut des Miteigentums, als dadurch die Entscheidungsmechanismen und die wirtschaftliche Verwendung des Wertes der gemeinsamen Sache nicht beeinträchtigt werden. Selbstverständlich müssen jederzeit die genaue Anzahl der an der Gemeinschaft Beteiligten und die Quoten ihrer Anteile feststellbar sein. Dies stellt in casu keine besonderen Probleme. Aus der Buchhaltung der Bank ist der Umfang der Berechtigung jedes Kunden ersichtlich. Damit wird auch die Anwendung von Art. 646 Abs. 2 ZGB (Vermutung gleicher Quoten) ausgeschlossen ²⁵⁵⁾.

Dass auch die Bank selber Miteigentümerin ist, wurde bereits mehrmals erwähnt ²⁵⁶⁾. Ihr kommt als solcher keine Sonderstellung zu.

253) Hinten S. 99 f.

254) Etter, SJZ 1978 103 1.Sp.

255) Vgl. auch Grossheintz 70, der auf das richterliche Ermessen verweist.

256) Dazu auch Holzach 45; Zehnder 101; Schumann 1176.

Sie ist volles Mitglied der Gemeinschaft, mit den gleichen Rechten, aber auch mit sämtlichen Pflichten. Ihre Berechtigung am Sammeldepot kann sowohl daraus resultieren, dass sie sich von vornherein am Sammelbestand beteiligt, als auch daraus, dass sie Eigen- und Fremdbestände ungetrennt verwahrt ²⁵⁷⁾.

Art. 648 ZGB gilt, soweit sich keine Besonderheiten aus der Natur des Edelmetalles ergeben. Weil dieses nicht unmittelbar nutzbar und ein Gebrauch im Sinne des Gesetzes undenkbar ist, reduziert sich die Befugnis des Einzelnen auf die Vertretung der Sache, auf eine in gemeinsamen Interessen liegende Fürsorge über die Edelmetallbestände. Dazu gehört beispielsweise die Möglichkeit, die Sachen von Dritten zu vindizieren. Der einzelne Miteigentümer kann jedoch nur Rückgabe an alle fordern ²⁵⁸⁾. Im Verhältnis zwischen Kunden werden darüber kaum Probleme entstehen. Hingegen möchte die Bank möglicherweise verhindern, dass ein Kunde in eigener Kompetenz vorgeht. Dies wäre lediglich aufgrund einer Vertragsklausel und im Rahmen von Art. 27 ZGB zulässig. Die Befugnis zur selbständigen Geltendmachung von Rechten gegenüber Dritten ist eine Konsequenz der dinglichen Berechtigung des Kunden und muss von der Bank in Kauf genommen werden. Man muss sich indessen der vorwiegend theoretischen Bedeutung der Vindikation durch den Kunden voll bewusst sein ²⁵⁹⁾.

257) Bedenken gegen die ungetrennte Verwahrung von Eigen- und Fremdbeständen, wie sie ursprünglich auch von der Bankenkommission geäußert wurden, erscheinen absolut unbegründet.

258) Zu den einzelnen Befugnissen vgl. Meier-Hayoz, Art. 648 N 4 ff.

259) Was die Vindikation von einem Unterverwahrer betrifft, gilt Gleiches: Dem Kunden steht auch hier lediglich das Recht zu, Rückgabe des ganzen Bestandes bzw. - bei einem Sammeldepot - der dem Anteil aller Miteigentümer entsprechenden Barren an alle zu verlangen. Auch aus diesem Grunde ist es übrigens nicht nötig, dass der Drittverwahrer die einzelnen Kundenquoten kennt.

Die Kosten, die sich aus der Aufbewahrung der Barren durch die Bank ergeben, hat der Kunde bereits aufgrund des Hinterlegungsvertrages nach Art. 473 QR zu tragen, so dass Art. 649 ZGB keine selbständige Bedeutung zukommt.

An sich ist auch Art. 649 b ZGB anwendbar: die Möglichkeit, einen unverträglichen Miteigentümer aus der Gemeinschaft auszuschliessen. Diese Norm verliert aber angesichts der in den meisten allgemeinen Geschäftsbedingungen verankerten Kündigungsklausel viel an Gewicht.

Durch den verselbständigten Teilungsanspruch wird das Recht konsumiert, die Aufhebung der Gemeinschaft nach Art. 650 Abs. 1 ZGB zu verlangen. Dieses wird überflüssig, weil der Kunde die Auslieferung der seinem Anteil entsprechenden Barren verlangen und über sie verfügen kann, ohne dass die Gemeinschaft in ihrem Bestande tangiert werden müsste ²⁶⁰⁾.

3.1.2.2. Verwaltungsordnung

Wie kurz erwähnt ²⁶¹⁾, beschränkt sich die Verwaltung des Edelmetalles bei herkömmlicher Sammelverwahrung auf die Lagerung in geeigneten Räumlichkeiten und das Ein- und Ausliefern. Bezüglich des Lagerungsortes gilt das hinten ²⁶²⁾ zur kontomässigen Sammelverwahrung Gesagte. Die Bank verfügt über die zur Erfüllung der Ausscheidungsansprüche der Kunden erforderlichen Barrensorten, da sich die Sammelbestände ja nur aus dieser einzelnen Art zusammensetzen ²⁶³⁾; ein Umschmelzen oder Käufe entsprechender Barren ist nicht erforderlich ²⁶⁴⁾. Aufbewahrung und Auslieferung sind bereits im Sammel-

260) Authenrieth, SJK 660 4.

261) Vorn S. 41.

262) Hinten S. 116.

263) Dazu im einzelnen hinten S. 134.

depotvertrag umfassend geregelt. Deshalb erübrigt sich eine Anwendung der gesetzlichen Verwaltungsordnung für Miteigentum (Art. 647-647 e ZGB), einer Regelung, die ausgesprochen körperschaftliche Züge aufweist ²⁶⁵⁾.

3.1.3. Weitere Einzelfragen

3.1.3.1. Zeitpunkt der Entstehung des Miteigentums

Erläutert wird einerseits der Zeitpunkt, in dem ein neuer Kunde Miteigentum erwirbt und der Gemeinschaft beitrtritt, andererseits der Augenblick, in dem bisherige Kunden eine Berechtigung an jenem Metall erwerben, das dem Sammelbestand beigefügt wird. Nach einigen allgemeinen Bemerkungen rechtlicher Art sollen vorerst die tatsächlichen Vorgänge, wie sie sich beim Erwerb von Edelmetall in herkömmlicher Sammelverwahrung abspielen, noch einmal kurz dargelegt werden.

Grundsätzlich könnte auf drei verschiedene Augenblicke abgestellt werden: Nach der Vermengungstheorie entsteht das Miteigentum im Zeitpunkt dieses Realaktes ²⁶⁶⁾, nach der Vertragstheorie mit dem Vertragsabschluss ²⁶⁷⁾. Das deutsche Depotgesetz schliesslich hält die Einlieferung für massgebend ²⁶⁸⁾. Die erste Theorie hat zwei Nachteile: Einmal kann der Kunde den effektiven Augenblick der Ver-

264) Vgl. aber die Ausführungen zur kontomässigen Sammelverwahrung hinten S. 120.

265) Liver, Eigentum, SPR V/1, 57.

266) Boveri 34; Brass 78; Hirschfeld 15; Jenny 72; de Preux 28; Treyvaud 142; Zehnder 101; Heymann/Kötter, § 419 N 2; Schlegelberger/Schröder, § 419 N 10.

267) Billmann 36; Brass 79; Hirschfeld 24; Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 689; Kiesow 21.

268) Art. 6 DepotG; Canaris 948; Krohn in RGRK Komm. zum BGB § 700 N 8; Schulze-Osterloh 147. Deshalb ist der Streit dort gegenstandslos: Grathwohl 83.

menzung nicht feststellen ²⁶⁹⁾. Dann gibt diese Lehre - wie übrigens auch das Depotgesetz - in jenen Fällen keine Antwort, in denen keine physische Verschiebung erfolgt, sondern lediglich Umbuchungen vorgenommen werden. Die Vertragstheorie unterscheidet m.E. zu wenig zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft. Das Miteigentum entsteht nur dann zugleich mit Vertragsabschluss, wenn Verpflichtung und Verfügung zeitlich zusammenfallen.

Obwohl nach meiner Auffassung das Miteigentum beim Sammeldepot auf Vermengung beruht, muss für die Fixierung des für den Rechtserwerb massgebenden Zeitpunktes neben der Vermengungs- auch die Vertragstheorie beigezogen werden. Dies deshalb, weil auch in dieser Frage die mehrfach erwähnte Unterscheidung zwischen dem Erwerb der konkreten Berechtigung durch einen Kunden und der Rechtsgrundlage des Miteigentums an sich zu treffen ist.

Der Kaufvertrag, mit dem sich der Kunde eine Berechtigung am Sammelbestand verschafft, wird in dem Augenblick erfüllt, in dem die Bank seinem Depot die gekaufte Anzahl Barren oder Münzen einbucht ²⁷⁰⁾, da dieser buchhalterisch damit als Berechtigter eingesetzt wird. Ungenügend ist die Verbuchung des Kaufvertrages allein, da der Besitz erst mit der Depotlegung übertragen wird. Das Miteigentum entsteht also an dem auf der Abrechnung notierten Datum. In der Regel ist dies der Tag des Kaufgeschäftes, doch kann die Bank, gerade bei hektischem Goldhandel, mit der Verarbeitung der getätigten Geschäfte in Rückstand geraten. Für den Kunden ist es wesentlich zu wissen, dass er auch dann die dingliche Berechtigung erst mit der Buchung

269) Dass die Bank den einzelnen Kunden vom Einbezug seiner Papiere (hier Barren) in einen Sammelbestand benachrichtigen muss, wie Etter, SJZ 1978 102 r.Sp. meint, ist in der Praxis nicht durchführbar.

270) Gl.M. Brass 90; Schumann 1200; a.A. Egger, Anm. 21 a.E.; vgl. auch das Depotgesetz der Tschechoslowakei, zit. bei Wolff, ZAJPR 1930 450.

erwirbt. Wann er hingegen diese zur Kenntnis nimmt, ist irrelevant.

Kunden, die Barren einliefern und nur einen Sammeldepotvertrag abschliessen ²⁷¹⁾, erwerben das Miteigentum ebenfalls erst bei Vor-
nahme der entsprechenden Buchungen. Der Vertrag steht, wie erwähnt,
unter einer Suspensivbedingung und wird deshalb von vornherein erst
voll wirksam, wenn die Resultate der Gehaltsprüfungen vorliegen.

Für den Zeitpunkt des Miteigentumserwerbs, wenn ein Kunde seinen
Anteil auf einen Dritten überträgt, kann auf die Ausführungen zur
kontomässigen Sammelverwahrung verwiesen werden ²⁷²⁾.

An neu eingefügten Beständen entsteht das Miteigentum bisheriger
Kunden mit der Vermengung. In dem Augenblick, in dem die neuen
Barren in den Tresor eingebracht werden, erstreckt sich die Berech-
tigung aller bisheriger Kunden auch auf die neuen Bestandteile des
Sammelbestandes. Hier gilt die Vermengungstheorie. Dass der Kunde
diesen Zeitpunkt nicht feststellen kann, spielt angesichts der
wirtschaftlichen Indifferenz dieses Vorgangs ²⁷³⁾ keine Rolle.

3.1.3.2. Grösse des Miteigentumsanteils

Die Quote, mit der der Kunde am Sammelbestand beteiligt ist, be-
stimmt sich nach dem Verhältnis der gekauften Menge Barren zur ge-
samten Anzahl der gleichen Sorte, die nach dem Verwahrungskonzept
der Bank zu dieser Sachgesamtheit gehört ^{274) 275)}.

271) Dazu vorn S. 40 f.

272) Hinten S. 123.

273) Dazu vorn S. 81 f.

274) Hinten S. 144.

275) Regl. SBV Ziff. 1.1.; Jenny 84; Baerlocher, Hinterlegungsver-
trag, SPR VII/1, 689; Haab/Zobl, Art. 727 N 94 b.

3.1.3.3. Prinzip des numerus clausus dinglicher Rechte

Die Frage, ob nicht das schweizerische Sachenrecht beherrschende Prinzip des numerus clausus dinglicher Rechte ²⁷⁶⁾ durch ein solches Miteigentumsrecht verletzt sei, stellt sich bei der herkömmlichen Sammelverwahrung nur begrenzt.

Das Miteigentum selber entsteht hier aufgrund des Gesetzes, ohne vertragliche Vereinbarung. Der Grundsatz der Typengebundenheit, aufgrund dessen nur die im Gesetz vorgesehenen Arten dinglicher Rechte begründet werden können, richtet sich hingegen nur an die Parteien, deren Gestaltungsfreiheit damit eingeschränkt wird ²⁷⁷⁾, nicht an den Richter. Der Lückenfüllung und der Rechtsfortbildung ist durch den numerus clausus der Weg nicht versperrt ²⁷⁸⁾. Zum Grundsatz der Typenfixierung sei die Verweisung auf die Ausführungen zur kontomässigen Sammelverwahrung erlaubt ²⁷⁹⁾.

3.1.3.4. Retentionsrecht des Drittverwahrers

Die umstrittene Frage, ob dem Drittverwahrer für Forderungen, die ihm gegen die Bank zustehen, am ihm anvertrauten Gold ein Retentionsrecht nach Art. 895 ZGB zustehe, kann nicht allgemein beantwortet werden ²⁸⁰⁾.

276) Dazu Meier-Hayoz, Syst. Teil N 35 ff.; Haab, Einleitung N 59.

277) Raiser, Dingliche Anwartschaften (Tübingen 1961) 55; Baur, Sachenrecht 4.

278) Wolff/Raiser 10; Raiser l.c.

279) Hinten S. 124 f.

280) Ein solches Retentionsrecht ist aber nicht von vornherein ausgeschlossen: Oftinger, Art. 896 N 26 und die dortige Kritik an Wieland, Art. 896 N 3.

Primäre Voraussetzung wäre, dass zwischen der Forderung des Drittverwahrers und dem retinierten Edelmetall Konnexität d.h. ein sachlicher innerer Zusammenhang besteht. Dieser ist sicher gegeben, wenn die Retention für ausstehende Depotgebühren erfolgt. Da sich die Frage nach dem Retentionsrecht indessen in der Regel im Verkehr zwischen Banken stellt und diese Kaufleute sind, gilt Art. 895 Abs. 2 ZGB: Die Konnexität muss immer dann schon bejaht werden, wenn die Forderungen aus dem gegenseitigen Geschäftsverkehr herrühren, d.h. aus der geschäftlichen Beziehung stammen, und beidseitig mit der Eigenart des Geschäftsbetriebs zusammenhängen²⁸¹⁾. Dies bringt gegenüber dem bürgerlichen Retentionsrecht²⁸²⁾ eine beachtliche Erweiterung möglicher Ansprüche.

In zweiter Linie gilt es abzuklären, ob der Drittverwahrer gutgläubig ist, d.h. ob er bei der Aufmerksamkeit, die nach den Umständen von ihm verlangt werden darf (Art. 3 Abs. 2 ZGB)²⁸³⁾, wissen musste, dass die hinterlegende Bank nicht eigene, sondern Kundenbestände verwahren lässt. Nur bei Gutgläubigkeit ist der Erwerb eines Retentionsrechtes an Gegenständen möglich, die nicht im Eigentum des Schuldners stehen (Art. 895 Abs. 3 ZGB). Zur herkömmlichen Sammelverwahrung werden nur vertretbare Einheitsbarren verwendet. Angesichts der Verbreitung der Konzepte mit dinglicher Berechtigung des Kunden bei diesen Barrenformen muss davon ausgegangen werden, dass dem Drittverwahrer bekannt ist oder zum mindesten bekannt sein müsste, dass die Bank nicht Alleineigentümerin ist. Es gilt die sogenannte Fremdvermutung²⁸⁴⁾.

281) Oftinger, Art. 895 N 117.

282) Zum bürgerlichen Retentionsrecht im Bankverkehr: Oftinger, Art. 895 N 109.

283) Oftinger, Art. 884 N 356 ff.

284) Schultz/Opitz, Gutachten 9; Brass 96; a.A. Schumann 1206 für das deutsche Depotgesetz und zurückhaltender Egger 117 f.

Der gutgläubige Erwerb eines Retentionsrechtes durch einen Drittverwahrer ist aus diesem Grund bei herkömmlicher Sammelverwahrung ausgeschlossen, der Depotinhaber demnach gegen eine böse Ueber- raschung gefeiert.

3.1.3.5. Tragung allfälliger Verluste

Gegenüber der Einzelverwahrung bewirkt die herkömmliche Sammelverwahrung eine Umlagerung des Risikos. Darauf wird vorn²⁸⁵⁾ bereits eingegangen; jene Ausführungen seien der Vollständigkeit halber hier wiederholt. Einerseits reduziert sich die Wahrscheinlichkeit erheblich, dass der Kunde im Schadenfalle des ganzen Wertes seiner Berechtigung verlustig geht, da nicht mehr nur einzelne Barren, sondern eine Vielzahl solcher das Substrat seines Eigentumsrechtes bildet²⁸⁶⁾. Umgekehrt erhöht sich aus dem gleichen Grunde die Möglichkeit, dass Barren, an denen der Kunde berechtigt ist, vom Verlust oder von einer Beschädigung betroffen werden. Die herkömmliche Sammelverwahrung wirkt also gegenüber Einzelverwahrung nicht unbedingt wie eine risikoverteilende Versicherung²⁸⁷⁾.

Nach absolut herrschender Lehre²⁸⁸⁾, der beizupflichten ist, müssen die Miteigentümer Verluste, die niemandem zur Last gelegt werden können, anteilmässig tragen. Trifft die Bank ein Verschulden,

285) Vorne S. 55.

286) Deshalb wurde übrigens in Deutschland bei der Einführung der Sammelverwahrung für Wertpapiere eine Abwanderung der Kunden zu Banken mit grösserem Geschäftsvolumen befürchtet (Kiesow 3; Hirschfeld 25).

287) Opitz, Effekten giroverkehr und Sammeldepot 56; ferner auch Hirschfeld 25.

288) Lüthi 42; Hirschfeld 43; Holzach 46; de Preux 27; für das deutsche Recht: Baumbach/Duden, § 419 N 2 D; Canaris 960; Kiesow 22.

erwächst ihnen für den ungedeckten Teil des Auslieferungsanspruches eine Forderung auf Schadenersatz aus dem Sammeldepotvertrag (Art. 473 Abs. 2 OR)²⁸⁹⁾. Ist die Vermengung ohne Erlaubnis erfolgt, sei es dass es überhaupt an einer Zustimmung fehlt, sei es dass diese an einem Willensmangel leidet, haftet der Verwahrer auch für Zufall (Art. 474 Abs. 2 OR)²⁹⁰⁾. Der Richter, der über dieses Rechtsbegehren zu urteilen hat, kann nach Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 43 Abs. 1 OR die Art des Schadenersatzes selber bestimmen; er kann also z.B. die Bank dazu anhalten, den Kunden einen Teil ihres eigenen Anteils zuzuweisen²⁹¹⁾ oder das Gold auf dem Markt zu beschaffen. Nur in dem Sinne kann jenen Autoren beigespflichtet werden, die den Verwahrer verpflichten, Verluste entweder aus seinem Anteil²⁹²⁾ oder durch Neukäufe zu decken²⁹³⁾. Es handelt sich nämlich um die Erfüllung einer gewöhnlichen Schadenersatzforderung aus fehlerhafter Vertragserfüllung (Art. 97 OR). Ist eine Naturalrestitution unmöglich, hat der Richter auf Geldersatz zu entscheiden²⁹⁴⁾.

3.1.3.6. Zwangsvollstreckung

Die hier angesprochenen Probleme sollen nur knapp umrissen werden;

289) Treyvaud 152; ähnlich ZR 36 Nr. 118. Das Verschulden ist präsumiert, und die Bank muss sich schuldhaftes Verhalten ihrer Hilfspersonen nach Art. 101 Abs. 1 OR anrechnen lassen; nach der gleichen Norm ist sie auch für allfällige Drittverwahrer verantwortlich (dazu hinten S. 121).

290) Vgl. auch Jenny 55.

291) Dieser hat sich selbstverständlich ebenfalls reduziert.

292) Holzach 46; Schultz/Opitz, Gutachten 8.

293) Hirschfeld 43, bei entsprechendem Vorbehalt in den AGB.

294) Hingegen kann der Kunde auch bei unerlaubter Vermengung nicht auf die Titel überhaupt verzichten und den Verwahrer auf Ersatz des Gesamtwertes belangen (so Treyvaud 143), da im Umfang seiner dinglichen Berechtigung gar kein Schaden eingetreten ist (ähnlich Jenny 55).

eine eingehende Darstellung würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

Vorerst soll die Zwangsvollstreckung gegen den Kunden betrachtet werden. Unterliegt dieser der Betreibung auf Pfändung, können seine Gläubiger sowohl auf den Miteigentumsanteil am Sammelbestand als auch auf den Herausgabeanspruch gegen die Bank greifen. Die Pfändung der dinglichen Berechtigung beschlägt auch den obligatorischen Anspruch ²⁹⁵⁾. Das gleiche gilt im Konkurs der Bank. Der Konkursverwalter kann die Auslieferung einer entsprechenden Menge Gold verlangen. In der Regel wird er aber, wie der Betreibungsbeamte in der Pfändung, den Miteigentumsanteil des Kunden verwerten. Der Ersteigerer des Anteils erwirbt das Miteigentum mit dem Zuschlag (Art. 235 Abs. 1 OR), kann aber seine Ansprüche gegen die Bank erst geltend machen, wenn er sie von der Singularsukzession benachrichtigt und den Sammeldepotvertrag unterzeichnet hat.

Was den Konkurs der Bank betrifft, gibt es m.E. ebenfalls keine Besonderheiten. Den Kunden steht bezüglich des Sammeldepotbestandes ein Aussonderungsrecht zu. Reichen die noch vorhandenen Barren nicht aus, um alle Miteigentümer zu befriedigen, wird vorerst einmal möglichst annähernd verteilt ²⁹⁶⁾. Dabei ist die Konkursverwaltung berechtigt, die vorhandenen grösseren Barren in kleinere Einheiten zu tauschen oder umschmelzen zu lassen. Aufpreise und Fabrikationszuschläge sind Masseschulden. Die Differenz zwischen dem erhaltenen Metall und dem Anteil des Kunden hingegen ist eine gewöhnliche Konkursforderung.

295) BGE 102 III 108.

296) Opitz, Effektengiroverkehr und Sammeldepot 55.

3.2. Bei kontomässiger Sammelverwahrung

3.2.1. Verfügungen des Miteigentümers

3.2.1.1. Veräusserung des Anteils

Auch der Miteigentumsanteil des Sammelkontoinhabers ist nach Art. 646 ZGB frei übertragbar ²⁹⁷⁾. Wie beim Sammeldepot können Kunden und Bank ihre Berechtigung veräussern, sei es an einen anderen Gemeinschaftler, sei es an einen aussenstehenden Dritten. Die Möglichkeit, über das Metall zu verfügen, gehört zu den Angelpunkten auch dieses Konzeptes ²⁹⁸⁾.

Für den Verkauf einer Berechtigung durch die Bank kann auf das vorn zur herkömmlichen Sammelverwahrung ²⁹⁹⁾ und zum Beitritt zur Sammelverwahrungsgemeinschaft ³⁰⁰⁾ Gesagte verwiesen werden.

Ueberträgt ein Kunde einen Teil seines Miteigentumsanteils auf einen anderen Kunden, muss auch beim Sammelkonto die Bank benachrichtigt werden ³⁰¹⁾, ebenso bei Geschäften zwischen Kunden und Dritten. Der Erwerber tritt zwar unmittelbar in die hinsichtlich der Barren bestehende Gemeinschaft ein ³⁰²⁾ und ist den anderen Miteigentümern gleichgeordnet. Wie bei der herkömmlichen Sammelverwahrung der Erwerb des Anteils allein der Situation nicht voll gerecht wird,

297) Vorn S. 87 f. und Anm. 216.

298) Selbstverständlich kann kein Miteigentümer über den Anteil an einem bestimmten einzelnen Barren verfügen, da sich sein Miteigentumsrecht auf sämtliche Barren erstreckt. Dazu hinten S. 135 f. in Zusammenhang mit dem Spezialitätsprinzip.

299) Vorn S. 88.

300) Vorn S. 77 ff.

301) Sie nimmt dann die Umbuchung vor; vgl. Hirschfeld 3 und Brass 90.

302) Vorn Anm. 221.

sondern zusätzlich der Abschluss eines Sammeldepotvertrages erforderlich ist, genügt er auch bei der kontomässigen Sammelverwahrung nicht. Weder nimmt seine Berechtigung an allfälligen Erweiterungen des Metallbestandes teil, noch steht ihm beispielsweise der noch zu erörternde selbständige Ausscheidungsanspruch zu, noch hat er, wie zu zeigen ist, der Hinterlegung des Metalles zugestimmt. Aller Rechte und Pflichten, die sich aus dem Sammelkontovertrag ergeben, ist er nicht teilhaftig.

3.2.1.2. Realobligation zum Abschluss des Sammelkontovertrages

Dem Erwerber steht es aber nicht frei, diesem Vertrag zuzustimmen. Da solche Vereinbarungen die Verwaltung des Sammelkontos umfassend regeln und unentbehrlich sind für die Funktionsfähigkeit des ganzen Konzeptes, muss jeder Erwerber verpflichtet sein, einen Sammelkontovertrag abzuschliessen. Eine entsprechende Klausel ist in die Konditionen aufzunehmen. Ihre Verbindlichkeit für jeden Erwerber eines Anteils ergibt sich aus Art. 649 a ZGB ³⁰³⁾. Die Uebertragung der Berechtigung ist nur in dem Umfang und mit denjenigen Belastungen möglich, wie sie sich in jenem Zeitpunkt präsentiert ³⁰⁴⁾. Durch die Existenz dieser Realobligation ³⁰⁵⁾ erhält die kontomässige Sammelverwahrung auf der einen Seite die erforderliche Flexibilität, auf der anderen Seite die notwendige Konstanz.

303) Indem weder Vor- noch Anmerkung im Grundbuch gefordert wird (Meier-Hayoz, Art. 649 a N 4; Liver, Eigentum SPR V/1, 70), muss dieser Artikel auch im Fahrnisrecht Gültigkeit haben. Ferner: Wolff/Raiser 351; Westermann 126.

304) Staudinger/Vogel, N 2 zu § 746 BGB.

305) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 158 c. M.E. wird durch die Anerkennung dieser Pflichten als Realobligationen der Grundsatz der Typengebundenheit nicht verletzt, da lediglich die zum Problembereich des Grundsatzes der Typenfixierung gehörende inhaltliche Ausgestaltung dieser Schuldverhältnisse zur Diskussion steht.

Der Käufer eines Anteils ist aber auch schon vor Abschluss dieser Vereinbarung mit der Bank in der Lage, seine Berechtigung weiter zu veräussern und zwar mit der Wirkung, dass auch der Zweiterwerber sofort Eigentümer wird ³⁰⁶⁾. Um jeden Erwerber zu zwingen, den Sammelkontovertrag möglichst schnell abzuschliessen und diese komplizierte Rechtslage zu beendigen, scheint es angebracht, im Reglement ein Veräusserungsverbot bis zum Abschluss dieser Vereinbarung zu statuieren.

3.2.1.3. Belastung des Miteigentumsanteils

Der Kunde kann den ihm am Sammelverwahrungsbestand zustehenden Anteil nicht nur veräussern, er kann ihn auch belasten ³⁰⁷⁾. In erster Linie ist an die Verpfändung zu denken ³⁰⁸⁾. Sie richtet sich nach den für die ganze Sache massgebenden Vorschriften ³⁰⁹⁾. Erforderlich ist demnach die Benachrichtigung der Bank ³¹⁰⁾, die dann für den Pfandgläubiger besitzt und den Auslieferungsanspruch insoweit sperrt, als der Pfandgläubiger nicht damit einverstanden ist, dass der Kunde Barren bezieht ³¹¹⁾. Selbstverständlich ist auch die Verpfändung bloss eines Teils des Miteigentumsanteils möglich. Andere Belastungen hingegen kommen m.E. nicht in Frage, sei es dass ihre Begründung an einem Miteigentumsanteil an Fahrnis überhaupt undenkbar ist,

306) Dazu hinten S. 123.

307) Soergel/Mühl, N 2 vor § 1008.

308) Brass 92; Grathwohl 141; Schultz/Opitz, Gutachten 23.

309) Meier-Hayoz, Art. 646 N 45 und dort zit. Autoren.

310) Hirschfeld 42.

311) Nach Schultz/Opitz, Gutachten 23 soll die Verwertung verpfändeter Anteile in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt werden können. Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung erscheint mir fraglich, da der Pfandgläubiger nicht Partei dieses Vertrages ist.

so die meisten Dienstbarkeiten ³¹²⁾, sei es dass die Unmöglichkeit sich aus den Eigenschaften des Edelmetalles selber ergibt. So ist die Errichtung einer Nutzniessung ausgeschlossen, weil die Barren gar nicht im rechtlichen Sinne nutzbar sind. Der blosser Gebrauch, der an sich möglich wäre, kann in casu nicht Inhalt der Dienstbarkeit bilden, weil sich die Barren ja im unmittelbaren Besitz der Bank befinden.

3.2.1.4. Herleitung des selbständigen Ausscheidungsanspruches

Durch Uebertragung und Belastung ist der Kunde zwar in der Lage, den Geldwert seines Anteils zu aktualisieren. Er kann aber auch bei kontomässiger Sammelverwahrung daran interessiert sein, die seinem Anteil entsprechenden Barren zu beziehen, sei es für sich selber, sei es dass er das Gold veräussert hat und der Erwerber physische Lieferung verlangt. In dieser Situation kommt jene Eigenschaft zum Zuge, die auch dem vorliegenden Miteigentum den Charakter labilen Miteigentums ³¹³⁾ verleiht: Die Unabhängigkeit der Aussonderung des Anteils eines einzelnen von der Zustimmung der übrigen Beteiligten. Zum Verhältnis dieses Aussonderungsrechtes zu Art. 650 ZGB und Art. 484 OR kann auf das vorn ³¹⁴⁾ beim Sammeldepot Gesagte verwiesen werden.

Bei der Herleitung dieses Ausscheidungsanspruches ist davon auszugehen, dass das Miteigentum auf vertraglicher Grundlage basiert, auf dem Sammelkontovertrag. Während sich dessen eine Komponente, der Miteigentumsbegründungsvertrag, mit der Herleitung der gemein-

312) Meier-Hayoz, Art. 646 N 43.

313) Haab/Zobl, Art. 727 N 94 c; Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 690; Liver, Eigentum, SPR V/1, 382 Anm. 6; Jenny 112; Nobel 434; Heck 261.

314) Vorn S. 91 ff.

samen Berechtigung an sich befasst ³¹⁵⁾, beruht der Ausscheidungsanspruch auf einem anderen Bestandteil, dem Teilungsvertrag ³¹⁶⁾. Dieser hat nicht nur, wie bei der herkömmlichen Sammelverwahrung, den Verzicht der Miteigentümer auf die Zustimmung zur Aussonderung zum Inhalt ³¹⁷⁾, sondern verleiht selber das selbständige Aussonderungsrecht ³¹⁸⁾ ³¹⁹⁾. Die Vereinbarung einer Regelung, wie sie das Gesetz in Art. 484 Abs. 2 und 3 OR vorsieht, entspricht der grundsätzlich gleichen Interessenlage: Das Miteigentum beruht auch hier auf Vertrag; es erfolgt ebenfalls ein ständiges Eintreten und Ausscheiden von Miteigentümern und ein dauerndes Einlagern und Ausliefern von Ware; ebenso ist eine grosse Anzahl von Personen an der Miteigentümergeinschaft beteiligt. Dieser Situation entspricht, dass der Kunde jederzeit die seinem Betrag entsprechende Menge herausverlangen darf ³²⁰⁾ und der Lagerhalter berechtigt ist, die Ausscheidung ohne Mitwirkung der anderen Einlagerer vorzunehmen ³²¹⁾.

3.2.1.5. Rechtsnatur des Ausscheidungsanspruches

Im Gegensatz zur herkömmlichen Sammelverwahrung leitet sich der Ausscheidungsanspruch des Kunden beim Sammelkonto, wie eben aufgezeigt, nicht aus dem Hinterlegungsvertrag ab. Dieser hat ja nur die Verwahrung des gesamten Bestandes für alle Miteigentümer zum Gegenstand,

315) Dazu 2.2.4.3. und die folgenden Abschnitte.

316) Zum anwendbaren Recht vorn N 233.

317) Dazu vorn S. 91.

318) Für vertragliche Modifikation der gesetzlichen Regelung auch Hirschfeld 41; Grossheintz 160; von Gamm in RGRK Komm. zum BGB § 741 N 2.

319) Zu seiner Rechtsnatur im nächsten Abschnitt.

320) Art. 484 Abs. 2 OR.

321) Art. 484 Abs. 3 OR.

so dass die aus ihm resultierende Rückgabeverpflichtung die Auslieferung aller Barren an alle Kunden gemeinsam zum Inhalt hat. Nicht nur die Zustimmung der Miteigentümer zur Ausscheidung, sondern auch die Verpflichtung der Bank, auf Begehren des Kunden die dessen Anteil entsprechende Anzahl Barren auszuliefern, ergibt sich hier aus dem vorweggenommenen Teilungsvertrag. Dieser setzt die Bank auch vom obligatorischen Standpunkt her als Stellvertreterin aller Kunden ein ³²²⁾.

3.2.1.6. Gegenstand des Ausscheidungsanspruches

Bei der kontomässigen Sammelverwahrung steht dem Kunden ein Miteigentumsanteil an einem Sammelbestand zu, der sich aus den verschiedensten Formen von Barren und Plättchen zusammensetzt ³²³⁾, denen einzig die Eigenschaft gemeinsam ist, dass sie eine bestimmte Mindestfeinheit aufweisen ³²⁴⁾. Notwendig ist deshalb eine Vereinbarung darüber, auf welche der verschiedenen Sorten sich der Aussonderungsanspruch des Kunden bezieht. Sie kann einerseits durch konkludentes Handeln anlässlich des Bezuges abgeschlossen werden: So ist denkbar, dass der Kunde die Lieferung einer bestimmten Barrensorte verlangt und die Bank diesem Begehren nachkommt oder dass der Kunde die ihm von der Bank gelieferten Formen einfach akzeptiert. Andererseits ist auch eine Vorwegnahme dieser Regelung im Zusammenhang mit dem Verhältnis möglich, das das Miteigentum entstehen lässt ³²⁵⁾. Im vorliegenden Fall bestimmt die Teilungsvereinbarung im Sammelkontovertrag auch den Gegenstand des Ausscheidungsanspruches.

322) Aehnlich Boveri 41.

323) Dazu hinten S. 146 ff.

324) Dazu hinten S. 145.

325) Heck 232; Meier-Hayoz, Art. 651 N 4.

In der Regel wird vereinbart, dass der Kunde Anspruch auf Lieferung von Standardbarren ³²⁶⁾ habe, er aber berechtigt sei, auch kleinere Einheiten zu verlangen, wobei dann die Fabrikationszuschläge zu seinen Lasten gingen. Es wäre auch denkbar, dass sich die Bank vorbehält, kleinere Einheiten zu liefern. Auch in diesem Fall muss der Kunde die Fabrikationszuschläge übernehmen. Sein Eigentumsrecht geht zwar zum Teil auf Goldbarren, die nur mit Zuschlägen zum eigentlichen Goldpreis gehandelt werden ³²⁷⁾. Jener Wert der Barren, der sich lediglich aus ihrer Form ergibt, ist aber nicht Gegenstand der dinglichen Berechtigung des Sammelkontoinhabers, sondern unterliegt obligatorischen Vereinbarungen.

Ergeben sich Gewichts- und Feinheitendifferenzen zwischen den gelieferten Barren und dem Anspruch des Kunden, werden diese entweder zum Tageskurs abgerechnet oder mit kleineren Goldeinheiten - Plättchen oder Körnern - kompensiert. Der Ausgleich in Gold oder dem entsprechenden Edelmetall ist nicht zu beanstanden. Erfolgt die genaue Abrechnung hingegen in Geld, muss geprüft werden, ob dies dem Miteigentumsrecht des Kunden, einem auf die Sache selber gehenden, dinglichen Recht, Rechnung trägt. In Art. 651 Abs. 3 ZGB sieht das Gesetz die Ausgleichung ungleicher Teile in Geld ausdrücklich vor ³²⁸⁾; diese Norm gilt auch für das labile Miteigentum. Die Kompensation von Gewichts- und Feinheitendifferenzen in Geld ist also zulässig, wiewohl die Zuteilung von Goldkörnern dem Charakter des dinglichen Rechts besser entspricht.

326) Dazu hinten S. 148.

327) Soweit nämlich der Sammelbestand aus Einheitsbarren und Plättchen besteht.

328) Haab, Art. 650/51 N 7; Meier-Hayoz, Art. 651 N 22.

3.2.2. Gemeinschaft der Miteigentümer

3.2.2.1. Im allgemeinen

Eine Beschreibung der Sammelkontogemeinschaft muss dem Umstand Rechnung tragen, dass hier das Miteigentum - im Gegensatz zur herkömmlichen Sammelverwahrung - rein vertraglicher Art ist. Zwischen den Miteigentümern bestehen von vornherein vertragliche, nicht nur gesetzliche Beziehungen³²⁹⁾, die alle auf dem Sammelkontovertrag beruhen. Dieser regelt nicht allein die Entstehung des Miteigentums; er befasst sich auch mit der Ausgestaltung einzelner Rechte und einzelner Pflichten der Beteiligten³³⁰⁾. Bereits ist auf den selbständigen Ausscheidungsanspruch hingewiesen worden. Andere Besonderheiten, in denen sich diese Gemeinschaft vom Typus unterscheidet, der sich aus der Regelung des Gesetzes ergibt, werden noch aufgezeigt. Dennoch sind die einzelnen Kunden keineswegs geneigt, zu anderen Miteigentümern in persönliche Beziehung zu treten³³¹⁾. Ja, wie beim Sammeldepot, lehnen sie dies in Hinsicht auf das Bankgeheimnis entschieden ab³³²⁾. Es gilt deshalb zu prüfen, ob die Miteigentümer über das gemeinsame Haben des Sammelverwahrungsbestandes hinaus Seite an Seite tätig werden müssen. Wenn das zutrifft, stellt sich die Frage, ob eine vertragliche Modifikation der gesetzlichen Regelung möglich und zulässig³³³⁾ ist.

Für den Ausscheidungsanspruch kann auf das vorn Gesagte³³⁴⁾ ver-

329) Wie vorn S. 80 f. erwähnt, werden diese Rechtsbeziehungen zwischen den Kunden durch die Bank als Stellvertreterin vermittelt.

330) Hirschfeld 37.

331) Grossheintz 167.

332) Vorn Anm. 250.

333) Hirschfeld 37.

334) S. 111 ff.

wiesen werden: Jeder Miteigentümer hat das Recht, selbständig vorzugehen. Die Verwaltungsordnung wird im nächsten Abschnitt erläutert. Was die grosse Anzahl von Kontoinhabern, die Stellung der Bank als Miteigentümerin und andere Einzelfragen betrifft, gelten die Darlegungen bei der herkömmlichen Sammelverwahrung³³⁵⁾.

3.2.2.2. Verwaltungsordnung

Die tatsächliche Verwaltung des Edelmetalles erschöpft sich, wie vorn³³⁶⁾ erwähnt, in der Aufbewahrung in besonderen Räumlichkeiten. Diese müssen, was Lüftung und Feuchtigkeitsgehalt betrifft, nicht einmal besonders ausgestattet sein, da die Edelmetalle aufgrund ihrer chemischen Eigenschaften nicht oxidieren. Hohe Anforderungen sind hingegen an die Sicherheit der Verwahrung zu stellen, und zwar sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht, d.h. sowohl was die technische Seite, die Tresoranlagen selber, anbelangt, als auch was die Menschen betrifft, die darin arbeiten³³⁷⁾. In beiden Bereichen gilt es, dem heutigen Stand der allgemeinen Entwicklung Rechnung zu tragen.

Nun steht aber das Edelmetall, das in der eben geschilderten Art verwahrt werden muss, nicht im Alleineigentum einer einzelnen Person, sondern im Miteigentum aller Inhaber von Sammelkonten. Sie können nicht alle gleichzeitig auf das Edelmetall aufpassen; es genügt, wenn die Obhut einem einzelnen Miteigentümer übertragen wird. Erforderlich ist deshalb eine Massnahme der rechtlichen Verwaltung

335) S. 97 ff.

336) S. 99.

337) Zimmermann 43.

der gemeinsamen Sachen³³⁸⁾: Der Entscheid über ihre Hinterlegung bei einer Bank³³⁹⁾.

Die gesetzliche Regelung über die Zuständigkeit zur Entscheidung unterscheidet zwischen gewöhnlichen und wichtigeren Verwaltungshandlungen. Zur Vornahme von gewöhnlichen Verwaltungshandlungen ist jeder Miteigentümer selbständig befugt (Art. 647 a Abs. 1 ZGB), die wichtigeren müssen von der Mehrheit aller Miteigentümer, die zugleich den grösseren Teil der Sache vertreten, gebilligt werden (Art. 647 b Abs. 1 ZGB). Gewöhnlich ist, was zur Erhaltung der Sache oder ihres Wertes oder zur Verhütung von Schaden notwendig oder zweckmässig ist³⁴⁰⁾. Dass die sichere Verwahrung des Sammelbestandes diesen Zielen dient, braucht keine nähere Begründung. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass hier der Verwahrung der Bestände ein besonderer Stellenwert zukommt, indem sie nicht eine Verwaltungshandlung unter verschiedenen von unterschiedlichem Gewicht darstellt, sondern die einzige notwendige Massnahme ist. Deshalb zählt die Hinterlegung der gemeinschaftlichen Sache zu den wichtigeren Verwaltungshandlungen³⁴¹⁾. Sie bedarf nach Art. 647 b ZGB der Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Eigentümer.

338) Man muss m.E. den tatsächlichen und den rechtlichen Aspekt der Verwaltung unterscheiden; der Bank wird nur erstere übertragen (dazu hinten S. 119). Ähnlich auch Billmann 39; a.A. Grathwohl 89.

339) Dabei wird nicht der Miteigentumsanteil hinterlegt (so Brass 73), sondern die Gesamtheit der im Miteigentum stehenden Sachen. Diese können als Sachgesamtheit (dazu S. 144) Gegenstand eines einheitlichen obligatorischen Rechtsgeschäftes sein (Meier-Hayoz, Syst. Teil N 78).

340) Meier-Hayoz, Art. 647 a N 8. Durch die Revision des Miteigentumsrechtes wurde dieser Bereich etwas ausgedehnt (Liver, Eigentum, SPR V/1, 65).

341) So noch ausdrücklich der Vorentwurf zu Art. 650 alt ZGB und der Entwurf zu Art. 641 alt ZGB. Die Hinterlegung stellt nämlich weder eine gewöhnliche Massnahme nach Art. 647 a ZGB noch eine ausserordentliche nach Art. 648 Abs. 2 ZGB dar (Meier-Hayoz, Art. 647 b N 4).

Angesichts der Tatsache, dass sich die Zusammensetzung der Gemeinschaft ständig ändert, ist es schwierig, ja unmöglich, diese Mehrheit festzustellen. Dieses Problem kann nicht dadurch gelöst werden, dass die Bank in irgendeiner Weise als Stellvertreterin eingesetzt wird. Sie ist am Abschluss des Hinterlegungsvertrages persönlich interessiert, da sie sich nicht nur deshalb als Verwahrerin eignet, weil sie über die entsprechenden Räumlichkeiten verfügt, sondern auch weil sie die einzige absolut konstante Miteigentümerin ist ³⁴²⁾. Da demnach weder ein Mehrheitsbeschluss noch Stellvertretung möglich sind, ist das gesetzliche Quorum in dem Sinn zu ändern, dass jeder einzelne Miteigentümer der Hinterlegung bei der Bank zustimmen muss. Diese vertragliche Modifikation der Verwaltungsordnung ist ohne Zweifel zulässig, handelt es sich doch nicht um die Kürzung der dem Einzelnen zustehenden Befugnisse, sondern darum, ihm weitere Zuständigkeiten zu übertragen ³⁴³⁾.

Als Resultat der Ausführungen in diesem und im letzten Abschnitt ist festzuhalten, dass zwischen den einzelnen Miteigentümern wohl vertragliche Rechtsbeziehungen bestehen, nämlich insoweit es um das gemeinsame Innehaben des Sammelbestandes geht, dass aber, was die Ausübung der sich aus dem Miteigentum ergebenden Rechte und die Erfüllung der Pflichten aus dem Sammelkontovertrag betrifft, jeder Kunde zu selbständigem Vorgehen befugt ist.

342) Zur Bank als Verwalterin: Boveri 30; Authenrieth, SJK 660 3; Kiesow 13. Die Verwaltung wird häufig einem einzelnen Miteigentümer überlassen; dazu von Gamm in RGRK Komm. zum BGB § 746 N 5.

343) Zur Pflicht jener Miteigentümer, die ihren Anteil nicht von der Bank erworben haben, den Sammelkontovertrag abzuschließen, vgl. vorn S. 109.

3.2.2.3. Rechtsstellung der Bank als Verwahrerin

Bei der Verwahrung von Wertpapieren geht die herrschende Lehre davon aus, dass der Vertrag zwischen Kunde und Bank kein reiner Hinterlegungsvertrag sei, sondern ein gemischter Vertrag³⁴⁴⁾, der auch Elemente des Auftrags enthalte. Dies muss für die Edelmetallverwahrung verneint werden, und zwar sowohl aus praktischen als auch aus theoretischen Erwägungen: Aus praktischen, weil keine spezielle Pflege des Bestandes erforderlich ist; aus theoretischen, weil auch der Hinterlegungsvertrag aktives Handeln des Aufbewahrers verlangt, wenn dies zur Erhaltung des Wertes des verwahrten Gegenstandes erforderlich ist, was sich auch aus dessen Natur und Risiko ergibt³⁴⁵⁾. Rechte und Pflichten der Bank basieren demnach, was die Verwahrung des Goldes anbelangt, auf einem reinen Hinterlegungsvertrag.

Aus dem Hinterlegungsvertrag ist die Bank auch zur Diskretion und zur Wahrung des Bankgeheimnisses verpflichtet³⁴⁶⁾; dass es sich dabei um eine vertragliche und nicht nur um die aus Art. 47 BankG fliessende Pflicht handelt, ist insbesondere bezüglich der Verteilung der Beweislast über ein Verschulden wesentlich.

Der Kunde muss nach Art. 473 Abs. 1 OR die Auslagen ersetzen, die der Bank aus der Aufbewahrung des Edelmetalls erwachsen: Neben den Kosten für Sicherheitsmassnahmen gehen auch allfällige Versiche-

344) Brass 67; Canaris 937; de Preux 43; Edelmann 35; Egger 110; Ellenberger 59; Albrecht, ZBGR 1932 119; BGE 94 II 169 und 101 II 119. Für einen reinen Hinterlegungsvertrag: Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 667 ff.; Baumgartner 5.

345) Engel 11 und 20; de Preux 101; Becker, Art. 472 N 12; BJM 1975 196. Dennoch scheint mir nicht gerechtfertigt, den Hinterlegungsvertrag schlechthin als Vertrag auf Arbeitsleistung zu qualifizieren (so Holzach 11; vgl. auch Huber, SJZ 1969 153 r.Sp.), da in ihm das Sicherungsmoment ebenso wesentlich ist. Dies zeigt auch seine systematische Stellung im Gesetz.

346) Engel 24; de Preux 99; Becker, Art. 472 N 17.

rungsprämien zu seinen Lasten ³⁴⁷⁾. Der Schlüssel zur Verteilung dieses Betrages auf die einzelnen Kunden ist dem Miteigentumsrecht zu entnehmen: Nach Art. 649 Abs. 1 ZGB werden die Kosten entsprechend der Anteilsgrösse auf die Miteigentümer verteilt ³⁴⁸⁾. Daraus erfolgt, dass die Bank den ihrer Quote entsprechenden Betrag selbst zu tragen hat.

Eine zusätzliche Verpflichtung wird der Bank aus dem zum Sammelkontovertrag gehörenden Teilungsvertrag überbunden: Dass der Kunde jederzeit die Auslieferung des seinem Anteil entsprechenden Edelmetalls verlangen kann, und zwar in Form der Standardbarren, aber auch nach seinem Wunsche ³⁴⁹⁾, setzt voraus, dass die Zusammensetzung des Bestandes geplant und organisiert wird. Diese Aufgabe obliegt ebenfalls der Bank. Sie hat dafür zu sorgen, dass die erforderlichen Barren und Plättchen immer vorhanden sind, sei es durch Kauf, sei es durch Umschmelzungen ³⁵⁰⁾. Für diese Verpflichtung gilt m.E. Auftragsrecht ³⁵¹⁾. Sie ergibt sich nämlich nicht aus der Verwahrung des Metalles selber oder aus der Pflicht des Aufbewahrers zur Bestandeseerhaltung, sondern steht im Zusammenhang mit einer Eigenart der Berechtigung des Kunden, mit dem Umstand, dass

347) Obwohl in der Literatur eine Verpflichtung des Verwahrers zur Versicherung der hinterlegten Sachen generell verneint wird (Lüthi 51; de Preux 99), scheint mir eine differenzierte Betrachtungsweise vonnöten: Wenn sich das Edelmetall im Banktresor oder ähnlichen festen Anlagen mit Sicherheitssystem befindet, ist der Verwahrer m.E. nicht verpflichtet, wohl aber ermächtigt, den Bestand zu versichern. Anders bei Edelmetall, das sich auf dem Transport befindet - sei es in der Schweiz, sei es im Ausland -: Hier muss der "Aufbewahrer" angesichts des erhöhten Risikos einen Versicherungsvertrag abschliessen.

348) Jenny 98.

349) Beim einheitlichen Konzept (dazu hinten S. 131) auch nach der eingebuchten Barrenart.

350) Dazu im einzelnen hinten S. 158 f.

351) Art. 394 ff. OR.

sich der Gegenstand seines Miteigentums nicht mit dem Inhalt seines Aussonderungsanspruches deckt ³⁵²⁾.

3.2.2.4. Substitution der Verwahrerin im besonderen

Ohne Einverständnis der Kunden ist die Bank verpflichtet, die Edelmetalle im hauseigenen Tresor zu verwahren, also weder bei anderen Instituten in der Schweiz, noch bei Korrespondenten im Ausland. Die Aufbewahrungsobligation muss vom Verwahrer persönlich erfüllt werden, weil es dem Hinterleger auf dessen individuelle Eigenschaften ankommt ³⁵³⁾.

Drittverwahrung ist nur zulässig, wenn sie der Kunde billigt. Sein Einverständnis muss sich aus dem Depotreglement ergeben. In diesem Fall ist die Verwahrung bei einem Dritten m.E. aber nicht ein fiduziarisches Rechtsgeschäft im Auftrag des Kunden ³⁵⁴⁾, sondern Erfüllung des mit diesem geschlossenen Hinterlegungsvertrages. Deshalb ist zu betonen, dass die Bank, auch wenn der Kunde der Drittverwahrung zustimmt, für diesen anderen Verwahrer nach Art. 101 OR haftet ³⁵⁵⁾; die Haftungserleichterung des Art. 399 OR findet keine Anwendung ³⁵⁶⁾. Der Kunde gibt keinen Auftrag zu Drittverwahrung, sondern duldet diese lediglich. Aus dem gleichen Grunde hat der Kunde keinen direkten Anspruch gegen den Drittverwahrer, wie ihn Art. 399 Abs. 3 OR für das Auftragsrecht vorsieht ³⁵⁷⁾ ³⁵⁸⁾.

352) Vorn S. 113 f.

353) Gautschi, Art. 472 N 4 d; Oser/Schönenberger, Art. 472 N 30.

354) So Gautschi, Art. 472 N 2 f.; Engel 23.

355) Oser/Schönenberger, Art. 472 N 30.

356) Gautschi, Art. 472 N 4 d; a.A. Hirschfeld 9.

357) Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 675 und dort zit. Autoren.

358) Zu der von Kleiner in SJZ 1968 211 ff. zum Problem der Drittverwahrung geäusserten Kritik vgl. Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 677 f.

Drittverwahrung liegt sicher einmal dann vor, wenn die Verfügung über die Einrichtungen zum Schutze der hinterlegten Sachen überhaupt nicht jener Bank zusteht, die mit dem Kunden den Sammelkontovertrag geschlossen hat, so beispielsweise, wenn ein kleineres Institut Gold bei einer Grossbank hält ³⁶⁰⁾. Schwieriger hingegen ist die Frage zu beantworten, ob die Einlagerung im Zollfreilager ³⁶¹⁾ als Drittverwahrung zu betrachten sei, weil die Schutzpflichten dort zwischen dem Lagerhalter und der Bank, die einen Tresor gemietet hat, aufgeteilt sind. Diese Duplizität der Verantwortung rechtfertigt m.E., das Einverständnis des Kunden zu fordern und diese Konstellation mindestens in dieser Hinsicht gleich wie die reine Drittverwahrung zu behandeln.

Zur Verwahrung eines Teils des Bestandes im Ausland sei auf die Ausführungen weiter hinten verwiesen ³⁶²⁾.

Die hier dargestellte Substitution des Aufbewahrers unterscheidet sich grundlegend von der in verschiedenen Depotreglementen erwähnten treuhänderischen Verwahrung von Edelmetallen im Ausland. Während es hier darum geht, einen Teil des Sammelbestandes nicht in der Schweiz hinterlegen zu müssen, die entsprechenden Barren aber dessen Bestandteile bleiben, stehen jene Werte im Eigentum der Bank. Die beiden Geschäfte müssen auseinandergehalten werden ³⁵⁹⁾.

359) Diese Trennung ergibt sich nicht aus allen Depotreglementen mit der gleichen Deutlichkeit.

360) Auf die Probleme, die sich daraus ergeben, dass solche Depots in der Regel keine Einzeldepots sind, sondern die Bestände in herkömmlicher oder kontomässiger Sammelverwahrung gehalten werden, vgl. hinten S. 127 ff.

361) Dazu hinten S. 162 f.

362) S. 165 ff.

3.2.3. Weitere Einzelfragen

3.2.3.1. Zeitpunkt der Entstehung des Miteigentums

Für die allgemeinen Erwägungen und den Zeitpunkt der Erfüllung des Kaufvertrages, mit dem ein neuer Kunde der Gemeinschaft beitrifft, kann auf das vorn zur herkömmlichen Sammelverwahrung Gesagte verwiesen werden ³⁶³⁾.

Veräussert ein Kunde einen Teil seiner Berechtigung an einen anderen Kunden oder an einen Dritten, so wird der Käufer sofort Eigentümer. Der Besitzerwerb erfolgt durch Besitzanweisung; diese stellt bekanntlich für das Verhältnis zwischen den mittelbaren Besitzern auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und nicht auf denjenigen der Anzeige an den unmittelbaren Besitzer ab ³⁶⁴⁾ ³⁶⁵⁾.

Fügt die Bank dem Sammelbestand neue Barren hinzu, erwerben die Kunden das Miteigentum im gleichen Zeitpunkt. Die Bank amtet für den Besitzerwerb als Stellvertreterin nach Art. 923 ZGB ³⁶⁶⁾.

3.2.3.2. Grösse des Miteigentumsanteils

Die Quote, mit der der Kunde am Sammelbestand beteiligt ist, bestimmt sich nach dem Verhältnis des ihm eingebuchten Feingewichtes zum Feingewicht des gesamten Depotbestandes. Es ist wesentlich, dass man sich stets vor Augen hält, dass Quote und Gesamtbestand durch eine flexible Masseinheit ³⁶⁷⁾ dargestellt werden.

363) Vorn S. 100 f.

364) Vorn S. 45 f.

365) Zur Spaltung der Rechtsbeziehungen vorn S. 109 f.

366) So auch Canaris, Anm. 948; Krohn in RGRK Komm. zum BGB § 700 N 8 für das deutsche Recht und Grossheintz 169 ohne Begründung für das schweizerische.

3.2.3.3. Prinzip des numerus clausus dinglicher Rechte

Im Gegensatz zur herkömmlichen Sammelverwahrung³⁶⁸⁾ muss eine Verletzung dieses Grundsatzes überprüft werden, da das Miteigentum beim Sammelkonto vertraglich begründet ist.

In der Lehre wird beim Vollrecht³⁶⁹⁾ als zulässiges Recht einzig das Eigentum an sich erwähnt³⁷⁰⁾, nicht das Alleineigentum einerseits, das gemeinschaftliche Eigentum andererseits. M.E. sind aber diese beiden Mitberechtigungen die im Gesetz vorgesehenen und von der Rechtsordnung zugelassenen Formen des gemeinschaftlichen Vollherrschaftsrechtes und können daher aufgrund der Parteiautonomie errichtet werden. Der Grundsatz der Typengebundenheit wird also durch die vertragliche Vereinbarung von labilem Miteigentum nicht verletzt.

Zusätzlich muss überprüft werden, ob gegebenenfalls das Prinzip der Typenfixierung entgegensteht³⁷¹⁾. In der inhaltlichen Ausgestaltung sachenrechtlicher Institute sind die Parteien jedoch soweit frei, als nicht - abgesehen von den allgemeinen Schranken der Art. 19/20 OR und 28 ZGB - einer Norm derogiert würde, die zum Begriff des dinglichen Rechts gehörte³⁷²⁾. Entgegen Etter³⁷³⁾ und Baerlocher³⁷⁴⁾ können m.E. die schon in der gesetzlichen Regelung nur

367) Vorn S. 31.

368) Vorn S. 103.

369) Vorrangig wird der numerus clausus jedoch mit Bezug auf die Begründung beschränkter dinglicher Rechte erläutert: Huber, Dingliche Rechte 56; Piotet, Dienstbarkeiten, SPR V/1, 549.

370) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 37 und Haab, Einleitung 59.

371) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 41; Haab, Einleitung N 60.

372) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 41.

373) SJZ 1978 103 l.Sp.

374) Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 691.

lockeren Beziehungen zwischen den einzelnen Miteigentümern vertraglich weiter verringert werden, ohne dass damit der Kern des Miteigentums angetastet würde³⁷⁵⁾. Auch beim labilen Miteigentum ist die gemeinsame Rechtszuständigkeit gegeben, das charakteristische Merkmal gemeinschaftlichen Eigentums³⁷⁶⁾. Wie insbesondere aus den Erwägungen zur Miteigentümergeinschaft hervorgeht, wird nur eine gesetzlich vorgesehene Art eines dinglichen Rechtes inhaltlich in verschiedener Hinsicht besonders ausgestaltet³⁷⁷⁾. Für die Zulässigkeit spricht namentlich auch, dass das Gesetz beim Lagergeschäft ein entsprechend ausgestaltetes Miteigentum selber kennt³⁷⁸⁾.

3.2.3.4. Retentionsrecht des Drittverwahrers

Bezüglich der Konnexität und des guten Glaubens im allgemeinen kann auf das vorn zur herkömmlichen Sammelverwahrung Gesagte³⁷⁹⁾ verwiesen werden.

Was die Art der verwahrten Barren anbelangt, gilt auch beim Sammelkonto, dass der gutgläubige Erwerb eines Retentionsrechtes an Einheitsbarren ausgeschlossen ist. Anders ist die Rechtslage bei den

375) Unentschlossen auch Grossheintz 91 ff.

376) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 198.

377) Oftinger, Syst. Teil N 31 und Haab, Einleitung N 60.

378) Zum in diesem Zusammenhang oft erwähnten Mengeneigentum vgl. Jenny 89 ff. M.E. steht das Mengeneigentum nicht in Widerspruch zum numerus clausus dinglicher Rechte. Ein solcher Anteil könnte genau gleich ausgestaltet werden wie ein Miteigentumsanteil. Verletzt ist jedoch das Spezialitätsprinzip (dazu hinten S. 144), da sich das Eigentumsrecht beim Mengeneigentum nicht auf einzelne bestimmte individualisierte Sachen bezieht, sondern lediglich auf eine Teilmenge einer Vielzahl von Sachen.

379) Vorn S. 103 f.

Standardbarren: Diese werden zu einem beachtlichen Teil zur Deckung gewöhnlicher Metallkonti verwendet und stehen deshalb oft im Alleineigentum der Bank. Um zu verhindern, dass ein Retentionsrecht entsteht, ist die hinterlegende Bank verpflichtet, den Drittverwahrer von der Fremdheit der Bestände zu benachrichtigen. Dazu genügt auch ein Hinweis auf den Zweck des Depots anlässlich seiner Eröffnung³⁸⁰⁾. Für den Schaden, der dem Kunden daraus erwächst, dass die Bank diese Mitteilung unterlässt, haftet die Bank aus dem Hinterlegungsvertrag.

3.2.3.5. Tragung allfälliger Verluste

Auf die Risikoverschiebung gegenüber der herkömmlichen Sammelverwahrung einerseits, den gewöhnlichen Metallkonti andererseits wurde bereits hingewiesen³⁸¹⁾. Grundsätzlich treffen Verluste auch hier die Miteigentümer anteilmässig. Für die Verantwortlichkeit der Bank und die Naturalrestitution gilt das bei der herkömmlichen Sammelverwahrung Gesagte³⁸²⁾.

3.2.3.6. Zwangsvollstreckung

Es kann vollumfänglich auf die Ausführungen bei der herkömmlichen Sammelverwahrung verwiesen werden³⁸³⁾.

380) Egger 118.

381) Vorn S. 64.

382) Vorn S. 105 f.

383) Vorn S. 107.

3.3. Verhältnis der beiden Konzepte

3.3.1. Miteigentum an Miteigentum

3.3.1.1. Sachverhalt und Problemstellung

Es geht in den folgenden Erwägungen darum, die Probleme aufzuzeigen, die sich daraus ergeben, dass die beiden Möglichkeiten, Edelmetalle aufzubewahren - die herkömmliche und die kontomässige Sammelverwahrung -, verschiedene Berührungspunkte aufweisen. Dies ist einmal in der Konstellation denkbar, dass bei ein und derselben Bank beide Konzepte nebeneinander bestehen. Eine ähnliche Situation ergibt sich, wenn eine Bank bei einem anderen Institut verwahrte Barren zum Substrat des Miteigentums ihrer eigenen Kunden zählt.

Ziel der folgenden Ausführungen ist die Klärung der Frage, ob und welche Miteigentumsanteile zum Substrat der herkömmlichen bzw. der kontomässigen Sammelverwahrung gezählt werden dürfen. Dabei muss einerseits dem Gegenstand als solchem Rechnung getragen werden, auf den sich das dingliche Recht des Kunden bezieht. Zu berücksichtigen sind die möglichen Barrenformen (gleich nachfolgend). Andererseits wird durch den Einbezug gemeinschaftlichen Edelmetalles in einen Sammelbestand, an dem bereits Miteigentum besteht, eine schwierige Rechtsfrage aufgeworfen: Ist es rechtlich möglich, Miteigentum an einem Miteigentumsanteil zu begründen? Oder anders formuliert: Was sind die rechtlichen Konsequenzen, wenn ein Miteigentümer seinen Anteil in eine bestehende Miteigentumsgemeinschaft einbringt ³⁸⁴⁾?

Mit Bezug auf den Gegenstand des Eigentumsrechtes gilt folgendes: Berechtigungen aus kontomässiger Sammelverwahrung können nicht Substrat des Miteigentumsrechtes bei herkömmlicher Sammelverwahrung bilden, weil sich das Recht des Inhabers eines Sammeldepots nur auf

384) Dazu nachfolgend 3.3.1.2.

eine einzelne Barrensorte bezieht, im Gegensatz zur Berechtigung beim Sammelkonto, die sich auf einen heterogenen Bestand erstreckt. In der umgekehrten Konstellation steht vom Gegenstand des Eigentumsrechtes her dem Einbezug nichts entgegen: Alle Einheitsbarren und Plättchen eignen sich zur kontomässigen Sammelverwahrung³⁸⁵⁾.

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass bezüglich der Deckung gewöhnlicher Edelmetallkonti nicht von Belang ist, welcher Art die Berechtigung der Bank an den entsprechenden Beständen ist. Bisher getrennt von den Sammelbeständen gehaltene Barren, die der Erfüllung solcher Bezugsansprüche dienen, können also ohne weiteres zum Sammelkontobestand gezählt werden.

3.3.1.2. Rechtslage bei Miteigentum an Miteigentum

Das Gesetz kennt die angesprochene Problematik für Grundstücke. In Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB hat es sie insoweit geregelt, als es die Miteigentumsanteile an Grundstücken diesen selber gleichstellt und sie als Objekt des Grundeigentums anerkennt³⁸⁶⁾. Durch die Einführung des erwähnten Artikels wollte der Gesetzgeber keinerlei materielle Aenderungen vornehmen. Es ging ihm nur darum, das technische Mittel ins Gesetz einzufügen, das die Eröffnung eigener Grundbuchblätter für Stockwerkeigentum ermöglicht. Objekt des Stockwerkeigentums ist trotzdem nicht ein Anteil an der Liegenschaft und und auch nicht ein Stockwerk, vielmehr die Liegenschaft als ganze³⁸⁷⁾. Gehört eine Einheit oder ein gewöhnlicher Miteigentumsanteil

385) Hinten S. 145 ff.

386) In der bisherigen Lehre wird - ohne Begründung - die Meinung vertreten, dass die Miteigentumsanteile nur im Rechtsverkehr wie Liegenschaften behandelt werden, aber dabei ihren Rechtscharakter nicht verlieren: Meier-Hayoz, Art. 655 N 5; Liver, Eigentum, SPR V/1, 123.

387) Liver, Eigentum SPR V/1, 90 f.

mehreren Personen, so kann zwar für jede dieser Berechtigungen wieder ein eigenes Grundbuchblatt eröffnet werden; dies ändert aber m.E. nichts an der Tatsache, dass alle Beteiligten unmittelbar auch Mitglieder der Gemeinschaft selber werden³⁸⁸⁾. Die Schichtung, die sich aus der Führung eigener Grundbuchblätter ergibt, ist lediglich ein Hilfsmittel zur Verwirklichung des im Immobiliarsachenrecht besonders ausgeprägten Publizitätsgedankens und hat keinerlei materielle Bedeutung.

Dasselbe muss für die vorliegenden Fahrnisgemeinschaften gelten. Entsprechend seinem Charakter als dinglichem Recht, d.h. als Recht, das unmittelbar auf die Sache geht³⁸⁹⁾, kann sich die Berechtigung eines Sammeldepotkunden nur auf das Edelmetall selber und nicht auf den Miteigentumsanteil als eigenes Rechtsobjekt beziehen³⁹⁰⁾. Dies ist anerkannt bei der Veräusserung des Anteils oder eines Teils davon: Der oder die Erwerber - man geht in der Regel von einer begrenzten Anzahl Personen aus - werden unmittelbar an der Sache berechnigte Mitglieder der Gemeinschaft³⁹¹⁾. Dasselbe muss aber auch im vorliegenden Fall gelten, wenn eine Vielzahl von Kunden beteiligt ist. Im Grunde genommen liegt auch hier eine gewöhnliche Anteilsübertragung vor: Nicht von einem einzelnen Miteigentümer auf einen einzelnen Erwerber, sondern von einer Miteigentümergeinschaft auf eine andere. Wegen dieses "Durchgriffes" auf die der Berechtigung zugrundeliegenden Sachen entsteht also keine Schichtung

388) Beim Stockwerkeigentum besteht lediglich eine Sonderregelung hinsichtlich des Stimmrechtes (Art. 712 o ZGB); diese lässt sich aus der Verselbständigung der einzelnen Anteile erklären.

389) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 131; Liver, Eigentum, SPR V/1, 9; Haab, Einleitung N 51 ff. und hinten S. 173 f.

390) Ähnlich Piotet, Dienstbarkeiten, SPR V/1, 525 f. für die Errichtung beschränkter dinglicher Rechte an Miteigentumsanteilen.

391) Dazu vorn S. 89 und insbesondere die in Anm. 392 zitierten Autoren.

der Beteiligten, resultieren keine Untergemeinschaften³⁹²⁾ wie bei der Unterbeteiligung an Gesellschaften³⁹³⁾ im Gesamteigentumsrecht.

Demnach ist es zulässig, dass eine Bank Miteigentumsanteile - sowohl solche an verschiedenen Sammelbeständen bei sich³⁹⁴⁾ als auch aus Beteiligung bei anderen Banken - in die Miteigentumsgemeinschaft der Sammelkontokunden einbringt. Diese erwerben dann eine ihrem Kontostand entsprechende Quote an jenen Barren selber als Miteigentumsanteil. Imstande, den Anteil eines einzelnen Kunden zu berechnen, ist nur die erste Bank. Sie kennt sowohl die Berechtigung jedes Kunden als auch die Quote beim Drittverwahrer. Dieser ist lediglich informiert über die Gesamtquote eines Institutes, ohne aber deren genaue Aufteilung zu kennen³⁹⁵⁾. Dies scheint mir jedoch rechtlich irrelevant. Wesentlich sind lediglich zwei Punkte: Primär, dass die Drittbank sich als letztes Glied in der Besitzmittlungskette versteht, sekundär, dass sie weiss³⁹⁶⁾, dass es sich nicht um eigene Bestände der anvertrauenden Bank handelt.

392) Palandt, § 1008 N 3; Soergel/Baur, N 5 vor § 1008.

393) Dazu von Steiger, Gesellschaftsrecht, SPR VIII/1, 347 f.

394) Somit erübrigt sich eine räumliche Trennung der beiden Bestände. Haben bei einer Bank beispielsweise die Kunden auf insgesamt 1000 1 kg-Barren der Feinheit 4 x 9 Anspruch, ist es ohne weiteres möglich, dass diese zusammen mit 1000 anderen auf den gleichen Gestellen verwahrt werden. Der Miteigentumsanteil - genau formuliert: das durch ihn vermittelte Recht am Edelmetall - von 1/2 an 2000 Barren in herkömmlicher Sammelverwahrung gehört dann zum Sammelkontobestand.

395) In Frage kommen herkömmlich sammelverwahrter Bestand, Sammelkonto- und Eigenbestand.

396) Dazu vorn S. 104 und S. 126.

3.3.2. Möglichkeiten zur Vereinfachung der Rechtslage

3.3.2.1. Räumliche Trennung

Zwei Wege stehen offen zur Vermeidung der komplexen Rechtslage, wie sie sich bei Miteigentum an Miteigentum ergibt: Die räumliche Trennung (gleich anschliessend) und das einheitliche Konzept (3.3.2.2.).

Verwendet die Bank die beiden Konzepte nebeneinander, werden Ueberschneidungen durch räumliche Trennung der jeweiligen Bestände vermieden. Ob diese Lösung praktikabel ist, muss von den Organisatoren beurteilt werden.

Solche Massnahmen sind von vornherein ausgeschlossen für das Verhältnis zwischen mehreren Banken. Wäre die Hinterlegung von Edelmetall durch ein Institut bei einem andern nur noch als Individualdepot möglich, würde die mit der Sammelverwahrung angestrebte Rationalisierung preisgegeben, sind doch die Banken untereinander die grössten Kunden.

3.3.2.2. Einheitliches Konzept

Praktisch durchführbar hingegen ist ein einheitliches Konzept. Es lehnt sich eng an die kontomässige Sammelverwahrung an. Die auf einer analogen Anwendung von Art. 727 ZGB beruhende Herleitung des Miteigentums an vertretbaren Barren - die herkömmliche Sammelverwahrung - wird völlig preisgegeben; auch an diesen Barren wird das Miteigentum nur noch vertraglich begründet. Die Zusammensetzung des Sammelbestandes entspricht also derjenigen bei kontomässiger Sammelverwahrung ³⁹⁷⁾.

397) Dazu hinten S. 145 ff.

Dennoch wird der Kunde nicht der Möglichkeit beraubt, explizite einen Anspruch auf die Lieferung von Einheitsbarren und Plättchen zu erwerben. Je nach Wunsch erfolgt die Verbuchung des Miteigentumsanteils nämlich in einer bestimmten Anzahl vertretbarer Barren oder als Menge Gewicht fein. Die Art der Buchung zeigt, welche Barren geliefert werden müssen, ist also ebenfalls Bestandteil des Teilungsvertrages³⁹⁸⁾. Die Berechtigung des Kunden bezieht sich in jedem Fall - bei gewichts- und bei anzahlsmässiger Einbuchung - auf den gesamten Edelmetallbestand.

Speziell muss hier auf zwei Punkte hingewiesen werden: auf die Berechnung der Quoten der einzelnen Kunden und auf die Frage des Ausgleichs der Fabrikationszuschläge von Einheitsbarren³⁹⁹⁾.

Die Quote, mit der ein einzelner Kunde am Sammelbestand berechtigt ist, bestimmt sich in jedem Fall nach dem Verhältnis des eingebuchten Feingewichts zur Gesamtmenge, also auch bei der Einbuchung von Barren mit Fabrikationszuschlag nur nach deren Goldgehalt. Wird das einheitliche Konzept neu eingeführt, muss zur Feststellung der Quote eines Kunden am neuen Bestand, die seiner Berechtigung in herkömmlicher Sammelverwahrung entspricht, berücksichtigt werden, dass bisher das Agio dem Kunden gehörte. Bei gewichtsmässiger Einbuchung wird sein Anteil um die dem Agio entsprechende Menge Feinmetall vermehrt. Bei anzahlmässiger Einbuchung muss diesem Kunden bei einem allfälligen Bezug die Bezahlung der Fabrikationszuschläge erlassen werden.

Werden dem Depot eines Kunden eine bestimmte Anzahl vertretbarer Barren eingebucht, erfolgt der Ausgleich über die Fabrikationszuschläge bereits im Zeitpunkt des Erwerbs der Berechtigung. Eine

398) Dazu vorn S. 112.

399) Dazu hinten S. 147 N 53.

solche Abrechnung ist erforderlich, weil - wie erwähnt - alle Kunden nur an dem Wert des Barrens dinglich berechtigt sind, der auf dem Goldgehalt und nicht nur auf der Form des Barrens basiert. Steht dem Kunden oder der Bank das Recht zu, auch bei gewichtsmässiger Einbuchung Einheitsbarren zu fordern bzw. zu liefern, müssen die Zuschläge bei der Auslieferung in Rechnung gestellt werden.

Dieses einheitliche Konzept liegt dem Musterreglement der Schweizerischen Bankiervereinigung über das Goldsammeldepot zugrunde.

3.3.2.3. Behandlung der Münzen

Beizubehalten ist die herkömmliche Sammelverwahrung für Münzen, da diese nicht zum Sammelkontobestand gezählt werden können⁴⁰⁰⁾. Indem dann das Miteigentum nur den Bestand einer bestimmten Sorte zum Gegenstand hat, profitiert der Kunde auch vom Agio⁴⁰¹⁾. Selbstverständlich könnte auch bei den Münzen das Miteigentum vertraglich begründet werden, ein eigenes Reglement ist nicht erforderlich. Wesentlich ist lediglich, dass auf die Verschiedenheit des Substrates hingewiesen wird⁴⁰²⁾.

400) Dazu hinten S. 146.

401) Ändert sich der Wert von Münzen, so müssen für die einzelnen Wertgruppen separate Sammeldepots eröffnet werden, an denen die Kunden entsprechend ihren früheren Berechtigungen Miteigentümer sind. Ein Ersatzanspruch gegenüber der Bank steht ihnen - unter dem Vorbehalt der Fahrlässigkeit der Bank im Hinblick darauf, dass sie die bevorstehende Werteinbusse der neuen Jahrgänge hätte erkennen müssen - nicht zu, da der Verlust den Eigentümer trifft.

402) Vgl. dazu Ziff. 6 des Musterreglementes der Schweizerischen Bankiervereinigung.

2. Kapitel

GEGENSTAND UND ÖRTLICHE LAGE DER JEWEILIGEN DEPOTBESTÄNDE

1. Gegenstand

1.1. Bei der herkömmlichen Sammelverwahrung

1.1.1. In rechtlicher Hinsicht

1.1.1.1. Barren einer bestimmten Gattung

Aus der Herleitung des Miteigentums aus dem Vorgang der Vermengung¹⁾ ergibt sich, dass der Kunde bei der herkömmlichen Sammelverwahrung nur an Barren oder Münzen der eingebuchten Art berechtigt ist. Die einzelnen Sorten werden stets getrennt von den anderen aufbewahrt²⁾, wenn auch nicht in verschiedenen Tresoren. In der Regel existiert denn auch pro Form eine Miteigentümergeinschaft³⁾. An sich wäre aber auch denkbar, dass die Bank verschiedene Gemeinschaften für eine einzelne Sorte bildet. Einzige Voraussetzung sind dann räumlich voneinander getrennte Bestände. Wenn dagegen die gleiche Barrenart an mehreren Orten verwahrt wird, liegen nicht ohne weiteres verschiedene Sammelbestände vor⁴⁾. Dies ist nur dann der Fall,

1) S. 59.

2) Art. 727 ZGB würde jedoch bei Vermengung verschiedener Arten trotzdem nicht zur Anwendung gelangen, da eine Ausscheidung der einzelnen Sorten ohne weiteres möglich ist.

3) Schultz/Opitz, Gutachten 8.

4) Schlegelberger/Schröder, N 1 zu § 419 HGB.

wenn die Bank die Ausscheidung absichtlich für Depots mit getrenntem Substrat vornimmt ⁵⁾.

1.1.1.2. Sachgesamtheit und Spezialitätsprinzip

Das von einer einzelnen Bank verwahrte Metall einer bestimmten Art ist eine Sachgesamtheit, d.h. die entsprechenden Barren sind durch gemeinsame Zweckbestimmung, Substrat eines Sammeldepots zu sein, zu einer wirtschaftlichen Einheit verbunden ⁶⁾.

Diese Zusammengehörigkeit wird bekanntlich vom Sachenrecht nicht beachtet. Hier gilt das Spezialitätsprinzip, d.h. das dingliche Recht besteht an jeder einzelnen Sache ⁷⁾; das Miteigentumsrecht des einzelnen Kunden bezieht sich also auf jeden Barren ⁸⁾ einer bestimmten Art ⁹⁾.

Als Ausnahme zu diesem Grundsatz ist es dem Kunden verwehrt, über den Miteigentumsanteil an einem einzelnen Barren zu verfügen. Es

5) Zur Vermischung der Grenzen dieser Sachgesamtheiten durch den Einbezug des Anteils der Bank an Beständen in herkömmlicher Sammelverwahrung in das Konzept der Sammelkonti vgl. vorn S. 127 ff.

6) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 76; Haab, Einleitung N 38; Jenny 61.

7) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 34 und 77; Haab, Einleitung N 39; Liver, Eigentum, SPR V/1, 381; Jenny 59 und 61. Konsequenz (so auch Wiegand, Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979 [Bern 1979] 228 ff.) davon ist, dass zur Verfügung die erforderliche Publizitätsform bezüglich jedes einzelnen Gegenstandes erfüllt werden muss; Bucher, OR 491 und 498 bezeichnet dies als Prinzip der Spezialität der Verfügung.

8) Insofern natürlich auch auf die Gesamtheit aller Barren der entsprechenden Art. Der Gedanke der Identität der Summe einzelner Sachen mit ihrer Gesamtheit kann m.E. auch in anderen Bereichen fruchtbar gemacht werden; so beispielsweise bei der Verpfändung von Warenlagern.

9) Etter, SJZ 1978 102 r.Sp.; Hirschfeld 3; Holzach 44 u.a.

steht ihm nur offen, einen Teil seiner Berechtigung an allen Barren zu veräußern. Hier wird der innere Zusammenhang der zum Sammelbestand gehörigen Sachen beachtet. Dennoch scheint es mir nicht gerechtfertigt, die Gemeinschaft bei der Sammelverwahrung als Gesamthandgemeinschaft zu bezeichnen¹⁰⁾. Richtig ist, dass dem Einzelnen versagt ist, seine Gesamtberechtigung in Rechte an jeder einzelnen Sache aufzuspalten und über diese Teilberechtigung selbständig zu verfügen¹¹⁾. Die entsprechenden Rechte können vielmehr nur gesamthaft als Bündel übertragen werden. Von einer Gesamthand unterscheidet sich dieser Sachverhalt aber insofern grundlegend, als hier eine Vielzahl von Berechtigungen ein und derselben Person zusammengehören, während bei einer Gesamthandschaft ein und dieselbe Berechtigung einer Vielzahl von Personen zusteht. Die Bündelung erfolgt bei der Sammelverwahrung horizontal, während in der Gemeinschaft zu gesamter Hand vertikal zugeordnet wird. Die Besonderheit, dass der Anteil eines Einzelnen an einer Einzelsache nicht selbständig übertragen werden kann, darf m.E. nicht mit der Besonderheit des Eigentumsrechtes am Sammelbestand erklärt werden, sondern steht, wie aufgezeigt im Zusammenhang mit dem Begriff der Sachgesamtheit.

1.1.1.3. Nur vertretbare Barren

Der Kunde verzichtet nur deshalb auf die Einzelverwahrung, weil er weiss, dass er bei einem allfälligen Bezug Goldbarren erhält, die genau gleich wertvoll sind, wie alle anderen der gleichen Sorte. Die zur herkömmlichen Sammelverwahrung geeigneten Barren und Münzen

10) So Schulze-Osterloh 154; zurückhaltender auch Canaris 958.

11) Diese Verfügungen entsprechen der Veräußerung des Miteigentumsanteils, wenn das Substrat der Gemeinschaft nur aus einem einzelnen Gegenstand besteht, was der Vorstellung des Gesetzgebers entspricht.

zeichnen sich also durch eine absolut notwendige Eigenschaft ¹²⁾ aus: durch die Fungibilität. Vertretbar sind Sachen, bei denen es nach allgemeiner Verkehrsanschauung nicht auf die besonderen Eigenschaften des einzelnen Stückes ankommt und die deshalb durch andere gleichartige Stücke ersetzt werden können ¹³⁾.

Unumstritten ist, dass die handelsüblichen Plättchen und Einheitsbarren bis und mit 1 kg Gewicht und fixer Feinheit vertretbare Sachen sind ¹⁴⁾. Dass sie eine fortlaufende Numerierung tragen, hat keinerlei Einfluss auf den Wert des Barrens, ist also für die Sammelverwahrungsfähigkeit irrelevant ¹⁵⁾.

Anders ist die Situation bei den Standardbarren. Die Frage ob diese vertretbar sind, bedarf einer genauen Prüfung. Die Unterscheidung zwischen fungiblen und nicht fungiblen Sachen orientiert sich am Handelsverkehr ¹⁶⁾. Seine Gewohnheiten bezüglich der Behandlung solcher Barren werden im folgenden untersucht. Festgestellt werden muss, welches Verhalten allgemein in den entsprechenden Verhältnissen beobachtet wird ¹⁷⁾; der Wille der Parteien ist irrelevant ¹⁸⁾. Als Beispiel soll die Behandlung der Goldstandardbarren dienen; für die übrigen Edelmetalle gelten diese Erwägungen sinngemäss ¹⁹⁾.

12) So auch Brass 59.

13) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 100; ähnlich auch Oser/Schönenberger, Art. 312 N 10.

14) Vgl. die Tabelle hinten S. 142.

15) So auch Treyvaud 110 und 127; Jenny 42.

16) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 100; Opitz, Wertpapiersammeldepots in Deutschland 618. Deshalb kann die Beurteilung der Vertretbarkeit einer Sache je nach Produktions- und Absatzgebiet variieren (Fellmann 48).

17) Meier-Hayoz, Skriptum Einleitungsartikel 164.

18) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 100; es genügt also nicht, dass eine Bank ihre Kunden darauf aufmerksam macht, sie verwahre auch diese Barren in der herkömmlichen Weise.

19) Dazu hinten S. 148.

Ueber die Barren existieren die Konditionen des Londoner Goldmarktes über "good delivery bars". Hier werden Barren mit einem Gewicht von 350-430 Feinunzen ²⁰⁾ und einer minimalen Feinheit von 995/1000 als genügend zur richtigen Erfüllung eines Goldkaufs betrachtet ²¹⁾, sofern sie Seriennummer und Name der Schmelzerei ²²⁾ und des Prüfers tragen oder die entsprechenden Namen sich auf einem beigelegten Zertifikat befinden. Diese Grosszügigkeit gegenüber den Eigenschaften der Barren gilt m.E. nur für die schuldrechtliche Frage der "good delivery". Betrachtet man nämlich die Behandlung derjenigen Standardbarren, die eine Bank in anderen Ländern hinterlegt hat, zeigt sich, dass genaue Listen existieren, auf denen Nummer, Gewicht und Feinheit jedes einzelnen an einem bestimmten Ort aufbewahrten Barrens notiert sind. Wird solches Gold in die Schweiz überführt, werden die Listen kontrolliert. Im Gegensatz dazu existieren für die kleinen Barren nur Listen, auf denen die Anzahl, nicht aber die Nummern der einzelnen Stücke angeführt sind. Auch einem Kunden, der einen solchen Barren in ein Depot legt, ist es nicht gleichgültig, welcher ihm wieder ausgeliefert wird ²³⁾. Bei einem Unzenpreis von 500 \$ kann der Wert der "good delivery bars" immerhin um 40'000 \$ variieren. Dies zeigt, dass für die Bank die individuellen Eigenschaften jedes einzelnen Stückes wesentlich sind und ein einzelner solcher Barren nicht durch irgendeinen anderen ersetzt werden kann. Die Standardbarren sind nicht fungibel.

20) 1 Feinunze = 1 Unze Edelmetall der Feinheit 1000/1000.

21) Es handelt sich also um Gattungssachen. Nach Meinung der Parteien kann irgendein Barren, der die vereinbarten Merkmale aufweist, geliefert werden. Die Standardbarren sind ein Beispiel dafür, dass die Begriffspaare Gattungs-/Speciessache und vertretbare/nicht vertretbare Sachen nicht auf der gleichen Unterscheidung beruhen.

22) Bezüglich der anerkannten Schmelzereien vgl. hinten S. 139.

23) Dazu Anm. 35 der Einleitung.

1.1.2. In tatsächlicher Hinsicht

1.1.2.1. Die einzelnen Metalle

In Frage kommen Gold, Silber, Platin und Palladium. Für jedes dieser Metalle besteht ein separater Sammelbestand mit eigenen Konditionen. Nur die Grossbanken verwahren alle vier Edelmetalle selber. Die kleinen und Privatinstitute lagern nur Gold bei sich, während sie Silber bei den Grossbanken halten. Viele Institute kennen für Platin und Palladium nur gewöhnliche Metallkonti, sehen also eine dingliche Berechtigung ihrer Kunden nicht vor.

1.1.2.2. Die anerkannten Prägeanstalten

Die Prägeanstalten, deren Schmelzer-Prüfzeichen für Gold und Silber international anerkannt werden, sind im Anhang 4 des Kapitels 7 der Instruktionen des Zentralamtes für Edelmetallkontrolle vom 1.7.1970 betreffend die Anwendung der Edelmetallgesetzgebung (D. 243) wiedergegeben, der im Anhang I am Schluss dieser Arbeit angefügt worden ist ²⁴⁾.

Beim Platin gelten Barren der folgenden Schmelzereien als "good delivery": State Refinery Moscow (UdSSR); Impala, Johnson Matthey (GB); Engelhard (Au); Degussa (D); Comptoir Lyon-Alemand, Louyot & Cie; Cie de Metaux Précieux Paris (beide F); Valcambi; Argor; Metaux Précieux (alle CH).

Nur die Barren der State Refinery Moscow (UdSSR) sind beim Palladium als "good delivery" anerkannt.

24) S. 209 ff.

1.1.2.3. Münzen

Bei den Münzen ²⁵⁾ müssen von vornherein diejenigen Stücke ausgeschlossen werden, die numismatische Besonderheiten aufweisen ²⁶⁾. Als numismatische Stücke werden vor allem Münzen bezeichnet, die vor 1806 geprägt wurden. Von den nach diesem Datum geprägten Münzen fallen auch die halbnumismatischen ausser Betracht, deren Preise einzeln gebildet werden ²⁷⁾.

Die restlichen Münzen können sammelverwahrt werden. Angesichts der unterschiedlichen Usancen darüber, welche Beschädigungen und Abnützungserscheinungen wertvermindernd wirken, muss im Reglement die Qualität der Münzen, die zum Sammelbestand gezählt werden können, genau angegeben werden.

In der Praxis gibt die Beschaffenheit von Münzen immer wieder zu Meinungsverschiedenheiten Anlass. Aus diesen Gründen kennen nicht alle Banken deren Sammelverwahrung; bei einigen Instituten - grossen und kleineren - ist Einzelverwahrung üblich ²⁸⁾.

Keine Uebereinstimmung herrscht jedoch vor allem bezüglich der Gattungen, die sammelverwahrungsfähig sind. Die nachfolgende Liste umfasst sämtliche Werte, die auch nur von einem Institut ungetrennt aufbewahrt werden. Keine einheitliche Handhabung zeigt sich auch in der Frage, ob allenfalls für einzelne Jahrgänge oder Prägungen

25) fr. piéces d'or.

26) Regl. SBV Ziff. 2; Haab/Zobl, Art. 727 N 94 a.

27) Goldmünzen, Schriftenreihe SKA Nr. 60 (Zürich 1980) 6.

28) Werden die von einem Kunden gekauften Münzen ausgeschieden und auf seinen Namen verwahrt, kann der Kunde nicht einwenden, es seien ihm Münzen einer schlechten Qualität ausgeliefert worden.

einer bestimmten Münze ein separater Bestand gehalten werden muss
29).

Liste der in herkömmlicher Sammlerverwahrung gehaltenen Goldmünzen:

England	: £ 1/2 und 1 Sovereign alt Sovereign neu Elisabeth II
Frankreich	: Napoléon
Mexico	: 1, 2, 2 1/2, 5, 10, 20, 50 mexikanische Pesos
Oesterreich	: 1 und 4 Dukaten 10 und 100 Kronen
Peru	: 5, 10, 20, 50, 100 Sol. 1/5, 1/2 und 1 Libra
Schweiz	: Vreneli 20 Fr. ³⁰⁾
Südafrika	: Krüger-Rand
Ungarn	: 10, 20 und 100 Kronen
USA	: 5 und 10 \$ 5 und 10 \$ Indian 5, 10 und 20 \$ Liberty Double Eagle St. Gaudens
Sowjetunion	: 10 Rubel Tscherwonez

29) Dieses Problem ist insbesondere bei den Vreneli und den russischen Goldmünzen aktuell.

30) In der Regel Münzen der grossen Jahrgänge: 1935L, 1949, 1947, 1927, 1930, 1922.

1.1.2.4. Plättchen und kleine Barren

Sie werden von allen Instituten, die die herkömmliche Sammelverwahrung praktizieren, ungetrennt verwahrt. Zur Illustration seien die entsprechenden Werte beim Gold angeführt:

<u>Goldbarren</u> ³¹⁾	<u>Goldplättchen</u> ³²⁾
1 kg 0,995 fein	100 g 0,9999 fein
1 kg 0,999 fein	50 g 0,9999 fein
1 kg 0,9999 fein	20 g 0,9999 fein
500 g 0,9999 fein	10 g 0,9999 fein
250 g 0,9999 fein	5 g 0,9999 fein
10 Tola 0,999 fein	5 Unzen 0,9999 fein
10 Tola 0,9999 fein	2 Unzen 0,9999 fein
100 Unzen 0,995 fein	1 Unze 0,9999 fein
100 Unzen 0,9999 fein	1/2 Unze 0,9999 fein
10 Unzen 0,9999 fein	1/4 Unze 0,9999 fein

1.1.2.5. Keine Standardbarren

Die Standardbarren ³³⁾ werden nur von einer einzelnen Bank zum Bestand der herkömmlichen Sammelverwahrung gezählt. Beim Einkauf neuer Barren wird dort speziell darauf geachtet, dass die Goldbarren höchstens um 1/2% von einem Idealwert abweichen, die Silberbarren um 4% ³⁴⁾. Diese Abweichungen bewirken immerhin eine Preis-

31) fr. lingots. Diese Barren werden Einheitsbarren genannt, weil sich die einzelnen Stücke der gleichen Sorte nicht voneinander unterscheiden.

32) fr. plaquettes.

33) fr. barres.

34) Es werden nur Barren eines bestimmten Herstellers verwendet.

differenz von \$ 2'000.-- beim Gold ³⁵⁾ und \$ 1'200.-- beim Silber ³⁶⁾. Aus den vorn dargelegten Gründen sind auch solche Barren nicht vertretbar und können deshalb nicht in herkömmlicher Weise sammelverwahrt werden ^{*36a)}.

1.2. Bei der kontomässigen Sammelverwahrung

1.2.1. In rechtlicher Hinsicht

1.2.1.1. Keine Mengensache

In der Diskussion über die Zulässigkeit dieses Konzeptes wurde oft die Ansicht vertreten, der Sammelbestand bei kontomässiger Sammelverwahrung sei eine Mengensache, da er sich aus den verschiedensten Barrenformen zusammensetze. Dem ist zu widersprechen.

Eine Mengensache liegt vor, wenn ein Stoff zwar aus einzelnen, abgegrenzten, körperlichen Teilchen besteht, denen aber die Eigenschaft fehlt, zugleich eine wirtschaftlich relevante Einheit darzustellen ³⁷⁾. Erst die verkehrsrübliche Menge davon hat Sachqualität und heisst dann Mengensache ³⁸⁾. Der Begriff der wirtschaftlichen Einheit basiert auf der Verkehrsanschauung. Diese orientiert sich nicht nur an der Verwendungsmöglichkeit eines Gegenstandes, sondern vor allem auch an seinem Wert. In der Literatur ³⁹⁾ werden als Beispiele von Mengensachen durchwegs Sachen von geringem Wert angeführt. Ein einzelnes Stück Kohle kann nicht verwertet werden. Ebenso sind

35) 4 Unzen à 500.-- = 2'000.-- \$.

36) 80 Unzen à 15.-- = 1'200.-- \$.

36a) Dazu vorn S. 136 ff.

37) Man betrachtet also das Verhältnis zwischen dem Wert des einzelnen Teilchens und der Masseinheit.

38) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 63; Haab, Einleitung N 37.

39) Vgl. Anm. 38.

die Verwendungsmöglichkeiten für ein einzelnes Goldkorn minim. Doch hat dieses angesichts des hohen Goldpreises einen eigenen Wert und ist demzufolge eine selbständige Sache. Umso mehr sind Münzen und Barren selbständige Sachen ⁴⁰⁾.

1.2.1.2. Sachgesamtheit und Spezialitätsprinzip

Auch diese Barren gehören insofern zusammen, als sie einem einheitlichen wirtschaftlichen Zweck dienen. Sie stellen - wie der herkömmliche Sammelbestand - eine Sachgesamtheit dar ⁴¹⁾, die mit dem Ziel gebildet wurde, das allen Kontoinhabern zustehende Gold sicher im Tresor zu verwahren. Im Gegensatz zur herkömmlichen Sammelverwahrung existiert nur ein einziger Bestand, nur eine Sachgesamtheit, allerdings aber eine solche mit heterogener Zusammensetzung.

Sachenrechtlich gilt auch hier das Spezialitätsprinzip, das heisst, die dinglichen Rechte bestehen an jedem einzelnen Gegenstand ⁴²⁾. Das Miteigentumsrecht eines jeden Einlagerers erstreckt sich also auf jeden einzelnen Barren und jedes einzelne Plättchen.

1.2.1.3. Teilbarkeit ist nicht erforderlich

Keine Voraussetzung für dieses Konzept ist, dass die zum Sammelbestand gehörenden Sachen im Rechtssinne teilbar sind. Miteigentum kann auch an unteilbaren Sachen begründet werden. Die Teilbarkeit erleichtert einzig die Auseinandersetzung ⁴³⁾ und ist gerade im

40) Dass für die Begründung von Miteigentum nicht erforderlich ist, dass der Sammelbestand eine Mengensache ist, folgt aus dem Spezialitätsprinzip.

41) Vorn N 6.

42) Vorn N 7.

43) Meier-Hayoz, Art. 651 N 20; Liver, Eigentum, SPR V/1, 81.

vorliegenden Fall sehr nützlich, wenn die zur Erfüllung des Ausscheidungsanspruches erforderlichen Barren vorerst noch hergestellt werden müssen.

1.2.2. In tatsächlicher Hinsicht

1.2.2.1. Edelmetall einer bestimmten Mindestfeinheit

Dem Kunden steht bei kontomässiger Sammelverwahrung ein Miteigenumsrecht an Edelmetall der Mindestfeinheit der entsprechenden Standardbarren zu ⁴⁴⁾. Dieser Eigenschaft müssen sämtliche Metallformen genügen, die überhaupt zum Sammelbestand gezählt werden dürfen. Gegenüber dieser Auffassung wurde die Meinung vertreten, dass die Masseinheit "Feingewicht" von vornherein flexibel ⁴⁵⁾ sei. Deshalb spiele es keine Rolle, wenn der Feingehalt unter diese Limite sinke. Das entsprechende Manko könne durch grösseres Gewicht ausgeglichen werden. M.E. gehört aber beispielsweise Gold der Feinheit 994/1000 und weniger einer anderen Gattung ⁴⁶⁾ an, auf die sich das Eigentumsrecht des Kunden nicht beziehen kann. Sachenrechtlich kann nur von Gold gesprochen werden, wenn die neben dem entsprechenden Metall noch in der Verbindung enthaltenen Bestandteile vernachlässigt werden können, weil sie innerhalb der "good delivery"-Limite liegen.

Goldgranulat und Silberkörner können also nur dann einbezogen werden, wenn sie diesen Feingehalt aufweisen.

44) Vgl. Anm. 42 der Einleitung. Diese Mindestfeinheit bestimmt nicht nur das Substrat, sie gehört auch zur Teilungsvereinbarung: dazu vorn S. 113.

45) Vorn S. 31.

46) Zum Begriff der Gattungssache: Meier-Hayoz, Syst. Teil N 101 und die Kommentare zu Art. 71 OR.

1.2.2.2. Die einzelnen Metalle und Prägeanstalten

Es kann vollumfänglich auf das zur herkömmlichen Sammelverwahrung Gesagte ⁴⁷⁾ verwiesen werden.

1.2.2.3. Münzen und Medaillen

Es müssen zwei Problemkreise klar unterschieden werden:

Auch die Münzen müssen die Mindestfeinheit aufweisen, die für das betreffende Metall erforderlich ist. Hier zeigt sich aber, dass sämtliche schweizerischen Goldmünzen nicht berücksichtigt werden können, da sie nur eine maximale Feinheit von 900/1000 statt der erforderlichen 995/1000 aufweisen ⁴⁸⁾. Aber auch alle übrigen bei der herkömmlichen Sammelverwahrung angeführten Münzen weisen den erforderlichen Feingehalt nicht auf ⁴⁹⁾. Bei Silbermünzen liegt die Feinheit zwischen 900/1000 und 916/1000; auch sie erreichen also die Mindestanforderungen von 999/1000 nicht.

Im Gegensatz zu den Standardbarren richtet sich der Marktpreis der Münzen nicht nur nach dem Feingehalt, sondern weist gegenüber dem eigentlichen Metallpreis ein erhebliches Agio ⁵⁰⁾ auf. Dieser Aufpreis würde an sich den Einbezug der Münzen in den Sammelkontobe-

47) S. 139.

48) Goldmünzen, SKA Schriftenreihe Nr. 60 (Zürich 1980) 17-20.

49) Dazu die erwähnte Publikation der SKA. Am nächsten dem geforderten Wert kommen das tschechische 1-Dukaten-Stück und das österreichische 4-Dukaten-Stück, die beide eine Feinheit von 986 2/3/1000 aufweisen. Im übrigen sind die meisten Goldmünzen 900/1000 fein. Eine Ausnahme bildet das kanadische 50-Dollar-Stück "Maple Leaf". Sein Feingehalt beträgt 999/1000, es kann also zum Sammelbestand gezählt werden.

50) Einige Beispiele zum Agio (per Okt. 1979): Vreneli Fr. 20.--: 34%; Double Eagle \$ 20.--: 36%; Souvereign alt £ 1.--: 20%; Souvereign neu £ 1.--: 8%.

stand nicht hindern; auch für ihn gelten die Ausführungen hinten
50a) zum Fabrikationszuschlag der Einheitsbarren und Plättchen ⁵¹⁾.

Sofern sie die erforderliche Mindestfeinheit aufweisen, könnten
auch Medaillen ⁵²⁾ zum Sammelbestand gezählt werden; ein allfälliger
Mehrwert muss wie ein Fabrikationszuschlag behandelt werden.

1.2.2.4. Kleine Goldbarren und Plättchen

Bei den kleinen Goldbarren und den Plättchen schlägt sich der Fabri-
kationsaufwand in einem Aufgeld zu dem ihrem Feingewicht entspre-
chenden Preis nieder ⁵³⁾. Diese Fabrikationszuschläge hindern den

50a) Hinten S. 148.

51) Erhalten Münzen neu ein Agio, während ursprünglich nur ihr
Metallgehalt wertbestimmend war, könnte die Bank diese Münzen
durch andere Bestände ersetzen, sie aussondern und den Kunden
durch herkömmliche Sammelverwahrung von der Wertsteigerung
profitieren lassen.

52) Im Gegensatz zu den Münzen werden die Medaillen i.d.R. von
privaten Herausgebern anlässlich eines besondern Ereignisses
in Umlauf gesetzt und weisen nicht unbedingt einen Nennwert
auf. Von ihrer Prägung her unterscheiden sie sich dadurch,
dass ihre Vorderseite verglichen mit der Rückseite nicht wie
bei den Münzen auf dem Kopf steht.

53) Fabrikationszuschläge für Goldbarren- und Plättchen bei einem
Goldpreis von Fr. 30'000.-- pro kg:

Gewicht		Fabrikationszuschlag	% des Geldwertes
1	kg	Fr. 25.--	0.083
500	g	Fr. 16.--	0.107
250	g	Fr. 12.--	0.16
100	g	Fr. 7.--	0.233
50	g	Fr. 6.50	0.433
20	g	Fr. 6.--	1.0
10	g	Fr. 5.75	1.917
5	g	Fr. 5.50	3.667
2 1/2	g	Fr. 10.--	13.333
1	g	Fr. 10.--	33.333

Einbezug der Barren in den Sammelkontobestand nicht. Da das Eigentumsrecht des Kunden jedoch auf Gold geht und nicht auf den Wert, der sich lediglich aus dessen besonderer Form ergibt, dürfen die Fabrikationszuschläge bei der Berechnung der Bestandesgrösse nicht berücksichtigt werden. Der Einbezug ist nur mit dem Feingewicht möglich.

1.2.2.5. Standardbarren

Im Gegensatz zur herkömmlichen Sammelverwahrung können die Standardbarren bei der kontomässigen Sammelverwahrung zum Substrat des Mit-eigentums gezählt werden. Ja, dies ist das zentrale Anliegen, das die Banken überhaupt dazu bewegt, dieses Konzept einzuführen. Die Anforderungen an Standardbarren sind:

Gold	350	- 430	Unzen,	mind.	995/1000	fein
Silber	500	- 1250	Unzen,	mind.	999/1000	fein
Platin	1	- 6	kg ,	mind.	999,5/1000	fein
Palladium	2,5	- 3	kg ,	mind.	999/1000	fein

1.2.2.6. Besonderheiten bei Gold, das durch den Goldpool eingekauft wird

Die drei Grossbanken wickeln gewisse Goldkäufe über den durch sie gebildeten Goldpool ab ⁵⁴⁾. Dieser ist m.E. eine einfache Gesellschaft ⁵⁵⁾. Nach schweizerischem Recht besteht an deren Vermögen

54) Dazu Albisetti/Baschnagel 299 ff.

55) Die Voraussetzungen zur Entstehung einer anderen im Gesetz geregelten Gesellschaft sind nicht erfüllt; zur einfachen Gesellschaft als Subsidiärform vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht 194.

Gesamteigentum ⁵⁶⁾. Im Gegensatz zum Miteigentumsanteil ist eine Beteiligung an einer Gesamthandsgemeinschaft nicht frei übertragbar ⁵⁷⁾. Ein Anteil könnte nur durch Beitritt zum Grundverhältnis, hier zur einfachen Gesellschaft, erworben werden ⁵⁸⁾. Goldbarren, die durch den Goldpool eingekauft worden sind, können ⁵⁹⁾ also nicht unmittelbar nach dem Kauf in den Sammelbestand einbezogen werden. Sie eignen sich erst nach Ausscheidung aus dem Gesamthandsvermögen als Substrat des Miteigentums.

1.2.2.7. Keine Legierungen

Die Grossbanken kaufen Edelmetalle nicht nur in Form von "good delivery bars", sondern auch als sogenannte Dorée-Bullion. Diese Barren sind Legierungen, die unterschiedliche Anteile verschiedener Metalle enthalten, neben Gold auch Silber, Kupfer usw. Zur Herstellung von reinem ⁶⁰⁾ Edelmetall müssen sie vorerst noch raffiniert werden ⁶¹⁾.

Die einzelnen Metalle in diesen Verbindungen sind keine Sachen im Sinn des Sachbegriffs des ZGB. Dem Gold bzw. dem Silber fehlt in diesem Zustande die dazu erforderliche äussere Umgrenzung ⁶²⁾. Es genügt nicht, dass bei solchen Barren ihre chemische Zusammensetzung festgestellt und der Gehalt an einzelnen Metallen buchhalter-

56) Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht 191; Meier-Hayoz, Art. 652 N 16.

57) Meier-Hayoz, Art. 652 N 3; Haab, Art. 652-654 N 21.

58) Meier-Hayoz, Art. 652 N 4, 45 und 65.

59) Unter Vorbehalt der international-privatrechtlichen Fragen; dazu hinten S. 161 ff.

60) Nach dem entsprechenden Feingehalt für "good delivery bars".

61) Zu diesem Vorgang hinten S. 155 f.

62) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 63 und insbesondere N 64.

risch aufgezeigt werden kann. Sacheigenschaft weist ausschliesslich die ganze Legierung auf. Ein dingliches Recht könnte sich deshalb einzig auf die ganzen Stücke beziehen. Da dem Kunden ein Miteigentumsanteil an Gold selber, an Silber, Platin oder Palladium⁶³⁾ und nicht an einer Metallverbindung zusteht, können diese Barren nicht zum Sammelbestand gezählt werden.

1.2.2.8. Keine Erze

Aus dem gleichen Grunde, aus welchem der Einbezug von Legierungen in den Sammelbestand nicht möglich ist, muss von vornherein den entsprechenden Erzen die Eigenschaft abgesprochen werden, Substrat des Miteigentums bilden zu können. Dies geht ganz deutlich aus der Tatsache hervor, dass im günstigsten Falle aus einer Tonne Erz 7 g Feingold gewonnen werden können⁶⁴⁾.

1.2.2.9. Keine Lieferansprüche

Die Ansprüche von Kunden aus gewöhnlichen Metallkonten sind buchhalterisch zu einem oft beachtlichen Teil durch Lieferansprüche gedeckt, die der Bank gegen andere Banken, gegen Broker oder gegen Schmelzereien zustehen. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden. Jenes Konzept berechtigt den einzelnen Kunden nur obligatorisch: Forderungsrechte können buchhalterisch sowohl mit Eigentum als auch mit Lieferansprüchen kompensiert werden⁶⁵⁾.

Bei der kontomässigen Sammelverwahrung ist der Kunde hingegen ding-

63) Vgl. dazu Anm. 42 S. 26.

64) Brockhaus Enzyklopädie (Wiesbaden 1966) 441.

65) Dazu hinten S. 164.

lich berechtigt. Sein Miteigentumsrecht kann sich nicht auf obligatorische Ansprüche auf Lieferung von Gold erstrecken. Eigentum an Forderungsrechten gibt es nicht ⁶⁶⁾. Es widerspricht der Natur eines relativen Rechts, weiteren Personen als den am Grundverhältnis beteiligten Berechtigungen einzuräumen.

Das dingliche Konzept der kontomässigen Sammelverwahrung weist damit gegenüber der Regelung bei den Metallkonti eine wesentliche Einschränkung auf. Diese ist insbesondere im Verkehr zwischen den einzelnen Banken zu beachten: Kennt ein Institut nur gewöhnliche Metallkonten, können die anderen Banken diese Ansprüche nicht in ihr Sammelkonto-Konzept einbeziehen.

1.2.3. Verarbeitung von Metallen in der Schmelzerei

1.2.3.1. Berührungspunkte

Das Verhältnis einer Bank zur Schmelz- und Prägeanstalt steht in doppelter Hinsicht in einem engen Zusammenhang zur kontomässigen Sammelverwahrung: Einerseits ist die verwahrende Bank verpflichtet, die zur Erfüllung der Auslieferungsansprüche der Kunden erforderlichen Barren und Plättchen in den nötigen Mengen vorrätig zu halten ⁶⁷⁾. Dabei kann erforderlich sein, dass aus grösseren Einheiten kleinere hergestellt werden; dies besorgen die Schmelzereien. Andererseits erfolgt durch sie die Raffinierung von Legierungen und anderen minderwertigen Metallen, die selber - wie dargelegt ⁶⁸⁾ -

66) Meier-Hayoz, Art. 641 N 8; Brass 116. Auf Mitberechtigungen an Forderungsrechten sind jene Regeln nur analog anwendbar (vgl. dazu Meier-Hayoz, Vorbemerkungen zu den Art. 646-654 N 2 c und Liver, SPR V/1, 106).

67) Vgl. vorn S. 120 f.

68) Vgl. vorn S. 145.

nicht zum Sammelbestand gezählt werden können. Hier muss abgeklärt werden, ob im Prozess der Herstellung raffinierter Edelmetallbarren ein Zeitpunkt fixiert werden kann, von dem an das Edelmetall sowohl die erforderliche Minimalfeinheit als auch eine äussere Umgrenzung aufweist, die erlauben, von Gold oder von Silber zu sprechen. Dann wäre nämlich sein Einbezug in den Bestand der kontomässigen Sammelverwahrung möglich.

1.2.3.2. Sachverhalt

Vorerst werden die tatsächlichen Vorgänge in der Schmelzerei geschildert, anschliessend deren buchhalterische Erfassung.

Die Schmelzereien werden einerseits von Banken beliefert. Diese haben entweder Metall gekauft, das noch nicht die Form anerkannter Barren aufweist oder in Legierungen enthalten ist und nun raffiniert werden soll, oder sie möchten aus vorhandenen Goldbarren andere Einheiten herstellen lassen. Andererseits gehören auch andere Personen zu den Kunden der Schmelzerei im zur Diskussion stehenden Rayon: Private, die Besteck oder Schmuck zu Barren umgiessen lassen oder ausländische Staaten, die dort Münzen prägen lassen ⁶⁹⁾.

Die Bestände eines bestimmten Einlieferers werden vorerst getrennt von denen anderer Einlieferer aufbewahrt. Auch nach der ersten Verarbeitung im Raffinierungsvorgang, der Herstellung von Anoden-Platten für die Elektrolyse, sind die einzelnen Lieferungen noch ausgeschieden und identifizierbar. Wenn eine ausreichende Menge mit den erforderlichen Eigenschaften zur Verfügung steht wird dieses Metall raffiniert ⁷⁰⁾ und daraus Gold oder Silber der gewünschten Feinheit

69) Züri-Leu vom 8. Februar 1980 37.

70) Durch Elektrolyse oder mittels eines chemischen Prozesses.

hergestellt. In diesem Abschnitt des Produktionsprozesses erfolgt die Vermengung des Metalls verschiedener Kunden ⁷¹⁾. Das aus der Raffinage resultierende Zwischenprodukt weist die Form von Brocken auf. Aus diesen*Stücken sowie aus den eingelieferten Barren, die bereits die geforderte Feinheit aufweisen ⁷²⁾, werden dann Barren gegossen und Bänder hergestellt, die der Fabrikation von Plättchen und Münzen dienen. Die kleinen Einheiten sind nämlich gestanzt und geprägt. Alle Produkte werden, lediglich nach Gattungen geordnet, gemeinsam verwahrt. Verlangt ein Kunde die Auslieferung, werden Barren und Plättchen entsprechend der Bestellung verpackt, versiegelt und mit der Nummer des Kunden versehen, aus Sicherheitsgründen nicht mit seinem Namen.

Die Schmelzerei führt für jeden Lieferanten ein Metallkonto, auf dem Ein- und Ausgänge gutgeschrieben bzw. belastet werden ⁷³⁾. Rechnungseinheit ist das Kilogramm Feingewicht, wobei auf Hundertstel Gramm genau gerechnet wird. Die Schreiben, mit denen der Kunde über die vorzunehmenden Gut- und Lastschriften avisiert wird, führen den Goldgehalt der einzelnen Lieferungen (Lots) auf, wobei gewisse Einzelposten addiert werden. Die Gutschrift auf dem Metallkonto enthält dann die sich aus diesen Schreiben ergebenden Beträge und einen Hinweis auf das Schreiben als Beleg. Vom Augenblick der Buchung an kann die Bank jederzeit Lieferung des entsprechenden Metalles verlangen, obwohl das von ihr gelieferte Material noch nicht verarbeitet ist, ja zum Teil noch nicht einmal den erforderlichen

71) Eine getrennte Verarbeitung des Materials eines bestimmten Einlieferers erfolgt nur in Ausnahmefällen auf ausdrückliches Begehren und unter Ueberbindung der Mehrkosten.

72) Die entsprechenden Zertifikate werden vernichtet, wenn die Barren zum Schmelzen aus dem Lager ausgeschieden werden.

73) Ueber diese Metallkonti für Banken existieren keine schriftlichen Konditionen. Hingegen kennen die Schmelzereien Standardverträge für die entsprechenden Geschäfte mit der Uhren- und Schmuckindustrie. Diese können m.E. analog angewendet werden.

Feingehalt aufweist. Ihr Anspruch richtet sich primär auf Standardbarren. Wünscht die Bank kleinere Einheiten, muss sie die Fabrikationszuschläge bezahlen.

Innerhalb des Fabrikationsvorganges erfolgt zwar eine genaue Buchhaltung darüber, welches Material in welchem Departement der Schmelzerei verarbeitet wird, doch weist diese interne Buchhaltung keinerlei Beziehung zur externen, den Metallkonti der Kunden, auf. Einzig die Ausgänge aufgrund von Bestellungen werden sowohl beim Lager als auch auf dem Konto jenes Kunden verbucht.

1.2.3.3. Problemstellung

Der Praktiker bei den Banken spricht von jenem Zeitpunkt an, in dem die Schmelzerei die Einlieferung auf dem Metallkonto gutschreibt, davon, er könne "über das Gold verfügen". Doch ist abzuklären, ob damit die Dispositionsmöglichkeit gemeint ist, die dem Eigentümer zusteht, oder nur die Möglichkeit, das Metall wirtschaftlich einzusetzen.

Die Schmelzereien gehen davon aus, dass der Kunde sein Eigentumsrecht am eingelieferten Material nicht verliert. Im Konkursfalle werde alles eingelieferte Metall raffiniert und in Barren gegossen. Diese würden dann entsprechend den Gutschriften auf den Metallkonti unter die Kunden - als deren Miteigentümer - verteilt. Hingegen bestehen keine exakten Vorstellungen darüber, wie diese Vorgänge im einzelnen zu erfassen sind.

Die Schwierigkeiten des Juristen basieren darauf, dass nicht alle Gutschriften auf dem Metallkonto einer Sache im Rechtssinne entsprechen. Dies ist nur der Fall, soweit Münzen und Barren eingeliefert werden. Beim Gold in Legierungen und minderwertigen Goldprodukten widerspiegeln sie nur den Goldgehalt - eine sachenrechtlich irrele-

vante Grösse - dieser Produkte. Erst die Gold- oder Silberbrocken am Ende des Raffinierungsprozesses sind Sachen.

Es gilt nun, eine Konstruktion zu finden, die dieser Tatsache Rechnung trägt und dennoch auch die oben genannte Auffassung des Praktikers berücksichtigt ⁷⁴⁾.

1.2.3.4. Metall im Raffinierungsprozess

Hier sei vorerst auf diejenigen Lieferungen eingegangen, die noch nicht aus Gold im Rechtssinne bestehen, sondern aus Legierungen und anderem minderwertigem Metall ⁷⁵⁾. Der in ihnen enthaltene Goldgehalt ist zwar aus den Gutschriften auf dem Metallkonto ersichtlich ⁷⁶⁾, doch kann er - wie erwähnt ⁷⁷⁾ - in keinem Falle Objekt eines auf die Sache gehenden Eigentumsrechts sein. Die vom Spezialitätsprinzip geforderte äussere Abgegrenztheit ⁷⁸⁾ erhält das Gold erst, wenn es in Barren gegossen ist oder in der Form von Bändern vorliegt, aus denen dann kleine Barren und Münzen gestanzt werden. Es lässt sich aber unmöglich für jede einzelne Lieferung eines Kunden feststellen, wann sie dieses Stadium erreicht. Aus der internen Buchhaltung ergibt sich lediglich, wieviel vom gesamten Metallbestand bei der Schmelzerei Feingold, Feinsilber, Münzenmetall, Legierungen usw. ist, in welchem Verarbeitungsstadium sich also welche

74) Es sei noch darauf hingewiesen, dass das Metall, das sich zum Umschmelzen und zum Raffinieren bei den Schmelzereien befindet, nur ein kleiner Prozentsatz des ganzen Bestandes ist, mit dem die Banken arbeiten. Die angesprochene Problematik wirft aber interessante Fragen auf, die eine eingehende Erläuterung verdienen.

75) Vgl. dazu vorn S. 51.

76) Die Buchungen sind entsprechend detailliert.

77) Vgl. vorn S. 154.

78) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 63 und 65.

Menge des vorhandenen Metalls befindet. Es kann auch nicht generell festgestellt werden, wie lange der Verarbeitungsprozess bis zum erwähnten Zeitpunkt durchschnittlich dauert. Diese Frist unterliegt grossen Schwankungen, die sich aus der Saison und aus der allgemeinen Marktlage, besonders aus dem Goldpreis, ergeben. In der Regel beträgt sie zwischen zwei Wochen und sechs Monaten. Auch auf diese eben erläuterte abstrakte Weise kann nicht festgestellt werden, wann die Elemente einer Legierung als reines Metall vorliegen.

Die einzige überzeugende juristische Konstruktion der Beziehung zwischen Bank und Schmelzerei bei Raffinierungen ist die folgende: Lieferant und Schmelzerei schliessen einen Tauschvertrag ab.

Dabei verpflichtet sich der Lieferant, der Schmelzerei das Eigentum an Metallverbindungen zu übertragen. Er erfüllt durch die - unter Vorbehalt der Gehaltsprüfungen erfolgende - Einlieferung. Der Eigentumsübergang findet erst im Augenblick der Gutschrift statt, wenn der Vertragsgegenstand genau bestimmt ist. Keine Rolle spielt, dass die Bestände des einzelnen Kunden noch bis zur Elektrolyse getrennt und identifizierbar verwahrt werden.

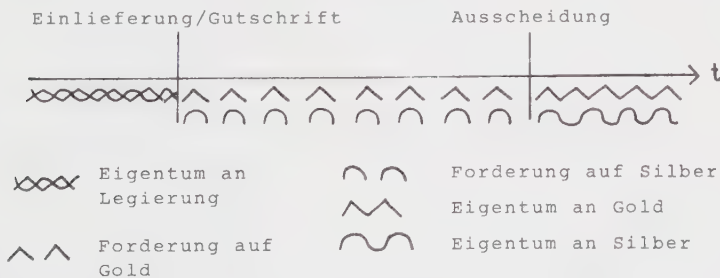
Die Verpflichtung der Schmelzerei geht darauf, nach Bekanntwerden der Resultate der Gehaltsprüfungen dem Kunden Eigentum an Edelmetallbarren oder -plättchen zu verschaffen. Ähnlich wie beim Spezifikationskauf kann der Kunde die Formen, die er beziehen möchte, beim Abruf bekannt geben. Ihm ist nicht nur freigestellt, welche Barren er beziehen möchte; er kann darüber hinaus - wie beim Kauf auf Abruf - auch den Zeitpunkt einer Auslieferung selber bestimmen. Der Eigentumsübergang erfolgt in jenem Augenblick, in dem die einer Bestellung entsprechenden Barren verpackt und versiegelt werden. Von diesem Zeitpunkt an - nach der Usanz sind das zwei Tage nach Eingang der Bestellung per Telex - stehen die entsprechenden Edelmetallbestände im Alleineigentum der Bank ⁷⁹⁾. Nun können die Barren zum Sammelbestand gezählt werden. Solange die Bank lediglich

eine entsprechende Forderung hat, kann diese - als obligatorisches Recht - nicht Substrat des Miteigentums bilden.

Zu betonen ist - was an dieser Lösung sicher beanstandet werden wird -, dass dem Lieferanten zwischen Einlieferung und Ausscheiden keinerlei dingliche Sicherheit zusteht, sondern lediglich ein obligatorisches Recht auf Lieferung von Edelmetallen, das sich im Konkurs der Schmelzerei nach Art. 211 Abs. 1 SchKG in eine Geldforderung verwandelt.

Ich sehe keine andere Möglichkeit, im Rahmen der geltenden Rechtsordnung dem Lieferanten ein dingliches Recht zu verschaffen: Ob die an sich mögliche Eintragung eines Eigentumsvorbehaltes ⁸⁰⁾ an den einzelnen Lieferungen praktisch durchführbar ist, scheint mir fraglich. Auch würde dadurch das Eigentum nur solange erhalten, als die Bestände individualisierbar sind. Im Stadium der Elektrolyse aber ginge auch dieses Alleineigentum unter, und es würde Miteigentum an den neuen Produkten entstehen, da Platten verschiedener Einlieferer verwendet werden (Art. 727 ZGB). Der Verbindungsartikel stellt zwingendes Recht dar ⁸¹⁾.

- 79) Die Rechtsstellung des Lieferanten sei anhand der folgenden graphischen Darstellung verdeutlicht:



- 80) Andere Möglichkeiten, das Eigentum beim Lieferanten zu erhalten, scheitern am Faustpfandprinzip.

- 81) BGE 76 II 31; Haab/Zobl, Art. 727 N 64.

1.2.3.5. Metall, das lediglich umgeschmolzen wird

In diesem Abschnitt sind die Probleme im Zusammenhang mit denjenigen Lieferungen von Kunden zu behandeln, die aus Sachen im Rechtssinne bestehen, also insbesondere aus Barren zum Umschmelzen.

Dieses Metall kann bis zum Einbezug in den eigentlichen Schmelzvorgang dem Lieferanten zugeordnet werden. Dann aber verliert es seine Individualität. Es lässt sich nämlich nicht feststellen, wieviel des für eine bestimmte Menge von beispielsweise 1 kg-Barren verwendeten Materials von welchem Einlieferer stammt; Metall aus der Raffinage und den Umschmelzungen wird vermischt. Zur Festsetzung der Quoten enthält das Gesetz zwar eine subsidiäre Regelung (Art. 646 Abs. 2 ZGB)⁸²⁾. Hingegen schweigt es sich aus, was zu tun sei, wenn man nicht feststellen kann, wer überhaupt als Miteigentümer in Frage kommt. Hier scheint es angemessen, dem Verarbeiter das Eigentum zukommen zu lassen und die Kunden auf obligatorische Ansprüche zu verweisen. M.E. muss zwischen Bank und Schmelzerei ebenfalls ein Tauschvertrag eingeschoben werden. Es kann auf die entsprechenden Ausführungen unter 1.2.3.4. verwiesen werden, die hier sinngemäss gelten. Auch bei den Umschmelzungen ist eine ununterbrochene dingliche Berechtigung des Kunden bei der gegebenen Produktionsorganisation nicht möglich.

Damit erweitert sich die Aufgabe der sammelverwahrenden Bank: Sie muss nicht nur dafür sorgen, dass stets die zur Auslieferung an die Kunden erforderlichen Formen vorhanden sind und notfalls hergestellt werden⁸³⁾. Sie ist zusätzlich verpflichtet, den Bestand so

82) Diese ist natürlich absolut unbefriedigend. Man stelle sich nur vor, dass Herr X, der drei Silberlöffel eingeliefert hat, eine gleichgrosse Berechtigung erwirbt, wie die Bank Y, der ein Guthaben von einigen Hundert Kilo zusteht.

83) Dazu vorn S. 120.

gross zu halten, dass diejenigen Barren, die zur Umschmelzung bestimmt sind, ausgeschieden werden können, ohne dass dabei "short" gegangen wird. Die Aussonderung ist nötig, weil sich das Miteigentum niemals auf den obligatorischen Anspruch auf Auslieferung von Barren erstrecken kann, der dem Lieferanten aus dem Tauschvertrag erwächst.

1.2.3.6. Einbezug in den Depotbestand bei Einzelverarbeitung möglich

Edelmetall, das eine Bank der Schmelzerei zur Bearbeitung übergeben hat, kann hingegen grundsätzlich dann in den Sammelbestand einbezogen werden, wenn Einzelverarbeitung verlangt wird. Bei diesem Produktionsablauf wird das Material eines jeden Kunden gesondert verarbeitet. Es erfolgt keine Vermengung oder Verbindung mit Metallen anderer Kunden, und die Lieferung kann durch den ganzen Fabrikationsvorgang hindurch verfolgt werden. Deshalb bleibt das Eigentum des Einlieferers erhalten. Es erstreckt sich auf das Produkt des jeweiligen Stadiums.

Im Hinblick auf zur Raffinage eingeliefertes minderwertiges Gold hat dies zur Folge, dass das Metall, sobald es in reiner Form vorliegt, Gold ist und in den Sammelkontobestand einbezogen werden konnte. Es muss lediglich auf die Gemeinschaft übertragen werden, worüber die Schmelzerei, als unmittelbare Besitzerin, zu orientieren ist.

Werden die Barren in Einzelverarbeitung umgegossen, können sie während des ganzen Vorgangs Bestandteile des Sammelkontobestandes bleiben. Sie weisen ja bereits die erforderliche Feinheit auf und sind Sachen im Rechtssinne. Auch dieses Gold steht unabhängig von seiner Form allein dem Lieferanten - in diesem Fall der Sammelkontogemeinschaft - zu ⁸⁴⁾.

84) Die beträchtlichen Mehrkosten, die sich aus dieser Spezial-Ver-

Es bleibt zu erwähnen, dass die Eigentumsverhältnisse aus dem Verarbeitungsvorgang selber keine Veränderungen erfahren. Der eingelieferte Stoff ist in jedem Falle kostbarer als die zur Herstellung der Barren notwendige Arbeit ⁸⁵⁾.

1.2.3.7. Separater Verarbeitungsprozess für das Umschmelzen von Barren

Die Schmelzereien können den Banken aber in diesem Bereich entgegenkommen: Für Edelmetall, das lediglich umgeschmolzen werden muss, sollte ein separater Verarbeitungsprozess geschaffen werden, bei dem keine Vermischung mit anderen Beständen erfolgt. An diesem könnten sich nur Banken beteiligen, sei es mit eigenen Beständen, insbesondere aber aus Bestandteilen der Sammelkontobestände.

Die Lieferanten wären Miteigentümer des entsprechenden Edelmetalles, sowohl während der Fabrikation als auch an den so hergestellten Barren und Plättchen. Das Miteigentum entsteht aufgrund der Vermischung und Verbindung während des Schmelzvorganges ⁸⁶⁾, müsste aber vertraglich so modifiziert werden, dass jeder Kunde selbständig die

arbeitung ergeben, sind Verwaltungskosten und müssen von der Gemeinschaft anteilmässig getragen werden.

85) Art. 726 Abs. 1 ZGB. Die Zuschläge betragen in Fr./kg:

Arbeitsvorgang	Gold	Silber	Platin	Palladium
Raffinierung	70	15	700	700
Giessen	90	33	850	850
Total Arbeitskosten	160	48	1'550	1'550
Preis pro kg	30'000	800	33'000	10'000
Materialwert	29'840	752	31'450	8'450

86) Art. 727 ZGB.

Ausscheidung vornehmen kann ⁸⁷⁾. Das Vertragsverhältnis bedürfte eingehender Regelung in separaten Konditionen.

Indem mehrere Lieferanten an einem solchen Prozess beteiligt wären, könnten die Kosten tiefer gehalten werden als bei der Einzelverarbeitung. Dass Edelmetall, das bereits im Miteigentum steht, zum Sammelbestand gezählt werden kann, wurde bereits aufgezeigt ⁸⁸⁾.

2. Örtliche Lage des Depotbestandes

Vorbemerkung

Diese Probleme sind unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Sammelverwahrung; die beiden Konzepte können also gemeinsam behandelt werden. Wo sich dennoch Verschiedenheiten zeigen, sollen sie jeweils an Ort und Stelle erörtert werden.

2.1. Verwahrung in der Schweiz

2.1.1. Im eigenen Tresor und in Einzelverwahrung

2.1.1.1. Im Banktresor

Die Verwahrung im hauseigenen Tresor ist absolut unproblematisch. Von ihr ist auch die Vorstellung des Kunden geprägt. Sie umfasst all jene Bestände, die am Hauptsitz oder bei Filialen deponiert sind. Man muss sich bewusst sein, dass gerade bei kleineren Instituten nur ein geringer Teil des Metalles in dieser Art, d.h. phy-

87) Die rechtlichen Grundlagen dieses Konzeptes gleichen denen der herkömmlichen Sammelverwahrung.

88) Vorn S. 128 ff.

sich aufbewahrt wird, der Grossteil liegt bei grösseren Banken. Beim Silber, das mehr Lagerraum beansprucht, wird der überwiegende Anteil von den Grossbanken verwahrt.

Einzelne Institute vermerken auf dem Depotauszug, wenn die Barren des Kunden auswärts liegen. Es wird jedoch nicht näher spezifiziert, ob der Hinterlegungsort in der Schweiz oder im Ausland liegt. Diese Mitteilung hat m.E. keine rechtliche Bedeutung, ist aber vom Standpunkt einer durchsichtigen Informationspolitik aus sehr begrüssenswert.

2.1.1.2. Im Zollfreilager

Weil Edelmetallkäufe seit dem 1. Januar 1980 der Warenumsatzsteuer unterliegen, verwahren die Banken vermehrt einen Teil ihrer Bestände in Zollfreilagern ⁸⁹⁾. Gewisse Institute halten dort nur Barren einer bestimmten Sorte, nur 1 kg- oder nur Standardbarren, wobei die Gründe für diese Entscheidung hier nicht von Bedeutung sind.

Grössere Institute mieten abgeschlossene Räumlichkeiten. Zutritt dazu haben die Mitarbeiter der Bank nur zusammen mit Angestellten der Lagerhalter, doch heisst dies nicht, dass das Eigentum am verwahrten Metall dadurch irgendwie beeinträchtigt würde. Es handelt sich lediglich um eine zollrechtliche Massnahme. Solche Bestände können zweifelsohne den Sammelbeständen zugerechnet werden.

Auf die Situation kleinerer Banken, deren Barren im Zollfreilager in Sammelverwahrung liegen, wird später eingegangen ⁹⁰⁾.

89) Bezüglich der Zustimmung zur Lagerung im Zollfreilager vgl. vorn S. 122.

90) Hinten S. 163.

2.1.1.3. In Drittverwahrung

Verschiedenen Instituten stehen Edelmetallager ausser im Zollfreilager noch bei Verwahrern zu, die keine Banken sind. Hier existiert in der Regel ein schriftlicher Hinterlegungsvertrag, sei es in der Form eines Briefwechsels oder per Telex. Die Bestände der Bank werden getrennt von denen anderer Einlieferer aufbewahrt; zu ihrer Verwaltung ist der Verwahrer zuständig. Es liegt also ein Einzeldepot zugunsten der betreffenden Bank vor. Nichts steht im Wege, solche Bestände zum einen oder anderen Miteigentumssubstrat zu zählen.

2.1.2. In Sammelverwahrung

2.1.2.1. Anwendungsfälle

Sammelverwahrung existiert in den Zollfreilagern und bei andern Banken ⁹¹⁾.

Soweit bekannt, werden in den ersteren nur vertretbare Barren verwahrt, in der Regel 1 kg-Barren. Das Miteigentumsrecht der beteiligten Banken basiert also m.E. auf Art. 727 ZGB ⁹²⁾; die Praxis wird wohl von Art. 484 OR ausgehen, der den Lagerverträgen bei den übrigen dort verwahrten Waren zugrunde liegt. Solche Beteiligungen können - entsprechend den Ausführungen über Miteigentum an Miteigentum ^{92a)} - in den Sammelbestand eingebracht werden.

91) Gleich anschliessend.

92) Dazu vorn S. 58 bei der herkömmlichen Sammelverwahrung.

92a) Vorn S. 128 ff.

2.1.2.2. Insbesondere bei Banken

Auf die theoretische Konstruktion des Einbezugs einer Mitberechtigung in eine andere Gemeinschaft wurde bereits eingegangen ^{92b)}. Hier gilt es nur noch auf die besonderen Gefahren hinzuweisen, die im Verhältnis zwischen Banken bestehen.

Unzulässig ist einmal, dass eine Bank mit ihren Kunden herkömmliche Sammelverwahrung vereinbart, wenn sie selber gegenüber der Grossbank nur einen obligatorischen Anspruch auf die Lieferung von Edelmetallen hat ⁹³⁾. Hier würde dem Kunden eine Berechtigung vorge-täuscht, die zu verschaffen die Bank gar nicht imstande wäre. Auf diesen Punkt ist insbesondere bei den Standardbarren zu achten, an denen gewisse Banken ihren Kunden keine dingliche Berechtigung ein-räumen.

Für das Verhältnis von Sammelkontoanteilen und Berechtigung in herkömmlicher Sammelverwahrung kann auf das oben ⁹⁴⁾ Gesagte verwiesen werden: Nach jenen Erläuterungen kann wohl ein Anteil an einem herkömmlichen Bestand zum Sammelkontobestand gezählt werden, nicht aber umgekehrt eine Sammelkontoberechtigung zur herkömmlichen.

Weiter ist darauf zu achten, dass sich die Auslieferungsfristen der einzelnen Institute entsprechen. Regelfall ist eine solche von zwei Tagen, doch existieren Abweichungen.

92b) Vorn S. 128 ff.

93) Dazu vorn S. 150.

94) Dazu vorn S. 127 f.

2.2. Verwahrung im Ausland

2.2.1. Sachverhalt und anwendbares Recht

2.2.1.1. Sachverhalt

Die Grossbanken im besonderen, aber auch kleinere Institute, halten in verschiedenen Ländern - in Europa oder in anderen Kontinenten - Edelmetalldepots, in der Regel bei juristischen Personen, ausnahmsweise auch bei natürlichen; nicht in jedem Fall ist der Verwahrer eine Bank. Ein Teil dieses Metalls ist in Kisten verpackt, die mit dem Namen der Bank, die es hinterlegt hat, beschriftet sind. An ihrem Sitz in der Schweiz existieren genaue Listen, die über Nummern, Gewicht und Feinheit der einzelnen Barren Aufschluss erteilen. Auch von den im Ausland verwahrten vertretbaren Barren bestehen Listen. Auf diesen ist die Stückzahl jeder einzelnen Sorte notiert, die an einem bestimmten Ort hinterlegt ist. In einem Teil der Lager werden auch diese Einheitsbarren in separaten, beschrifteten Kisten verwahrt, in anderen sind die gleichartigen Stücke verschiedener Hinterleger vermengt. In der Regel sind die Banken nicht informiert, wie die Bestände im Detail aufbewahrt sind. Nur teilweise bestehen schriftliche Vereinbarungen.

Der Grossteil der Edelmetallbestände im Ausland wird jedoch durch Banken verwahrt, sei es durch fremde Institute, sei es durch Mutter- bzw. Tochtergesellschaften schweizerischer Institute. Diese haben zwar eine eigene Rechtspersönlichkeit, sind aber wirtschaftlich mindestens teilweise voneinander abhängig. Auf die sich aus diesen Verknüpfungen ergebenden Einzelfragen einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

2.2.1.2. Anwendbares Recht

Mangels Rechtswahl unterliegt der Hinterlegungsvertrag dem Recht am

Sitz des Aufbewahrers; jener erbringt die charakteristische Leistung⁹⁵⁾. Deshalb richten sich beispielsweise auch die Sorgfaltspflichten des Verwahrers nach jenem Recht; es besteht also keine Gewähr dafür, dass das Gold entsprechend den schweizerischen Verhältnissen in einwandfreiem Zustand erhalten werden muss. Aus diesem Grund empfiehlt sich hier eine Rechtswahl. Es besteht ein vernünftiges Interesse, das Vertragsverhältnis schweizerischem Recht zu unterstellen⁹⁶⁾, ist doch die am Vertrag am meisten interessierte Partei⁹⁷⁾ Schweizerin. Berechtigte Drittinteressen lassen sich dieser subjektiven Anknüpfung nicht entgegenhalten⁹⁸⁾.

Für die dinglichen Rechte an den hinterlegten Gegenständen gilt die *lex rei sitae*⁹⁹⁾. Diese Anknüpfung an den Lageort ist seit langem ein das internationale Sachenrecht beherrschender Grundsatz¹⁰⁰⁾, doch werden vermehrt Stimmen laut, die die *lex rei sitae* nur für den Fall anerkennen, dass der Sachverhalt zum Lageort auch die engste Beziehung aufweist¹⁰¹⁾. Das hinterlegte Gold ist mit der Schweiz m.E. ebenso oder sogar noch mehr verbunden, weil hier ja mit ihm wirtschaftlich gearbeitet wird, als mit dem Ort des Depots. Art. 106 des Vorentwurfs zu einem IPR-Gesetz sieht denn auch die Möglichkeit vor, die dinglichen Rechte dem auf den obligatorischen Vertrag anwendbaren Recht zu unterstellen, um so auch bei der

95) Keller, IPR II 242; Vischer, Vertragsrecht 125; Schnitzer II 730; Gautschi, Vorbemerkungen zum Hinterlegungsvertrag N 4 a.

96) Schönenberger/Jäggi, Einleitung N 199; vgl. auch BGE 102 II 146.

97) Baerlocher, Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1, 656 und 663; Gautschi, Art. 472 N 1 b.

98) VE-IPRG Art. 117 Abs. 2; Keller, IPR II 26.

99) Vischer, IPR SPR I 652; Niederer 173; BGE 102 III 100 und 96 II 150 und dort zit. Entscheide.

100) Beim Hinterlegungsvertrag stimmen somit Sach- und Schuldstatut mangels Rechtswahl überein.

101) Heini, ZSR 1968 I 650; Schnitzer II 561.

Rechtswahl eine Harmonisierung von Vertrags- und Sachstatut zu erreichen¹⁰²⁾. Sehr wesentlich scheint mir aber, dass diese dingliche Rechtswahl Dritten gegenüber unwirksam ist¹⁰³⁾. Diese könnten also beispielsweise Rechte entsprechend den beschränkten dinglichen Rechten des schweizerischen Rechts erwerben, wodurch der Miteigentumsanspruch des schweizerischen Bankkunden geschmälert würde¹⁰⁴⁾. Zur Unsicherheit dieser Depots tragen auch öffentlich-rechtliche Massnahmen jener Staaten bei. Zu denken ist etwa an Schwierigkeiten bei der Vollstreckung des Herausgabeanspruches und an die Gefahr der Verstaatlichung. Auch eine Unterscheidung zwischen "sicheren" und "unsicheren" Depotländern scheint nicht gerechtfertigt, hat doch die jüngere Vergangenheit gezeigt, wie fraglich entsprechende Einstufungen sind.

2.2.1.3. Besonderheiten im Verkehr mit eigenen Zweigniederlassungen

Anders ist die Rechtslage dann, wenn die ausländische Bank als Zweigniederlassung eines schweizerischen Institutes ausgestaltet ist, also keine eigene Rechtspersönlichkeit hat. Dann schliesst die Hauptniederlassung mit ihr nämlich nicht einen Hinterlegungsvertrag ab; entsprechende Abmachungen sind rein interner Natur. Hier muss das ausländische Recht von vornherein nur für die Bestimmung der dinglichen Berechtigung an den Barren berücksichtigt werden.

102) Schlussbericht der Expertenkommission 203 f.; vgl. auch die Empfehlung einer prorogatio fori: a.a.O. 204.

103) VE-IPRG Art. 106 und Schlussbericht 204.

104) Dies scheint insbesondere auch für den Fall von Bedeutung, dass der Lagerhalter unerlaubt eine Vermengung mit Gold anderer Einlagerer vornimmt.

2.2.2. Voraussetzungen der Zulässigkeit der Verwahrung im Ausland

2.2.2.1. Zustimmung des Kunden

Angesichts der geschilderten Gefahren, denen auch mit einer Rechtswahl nicht wirksam begegnet werden kann, muss man sich fragen, ob im Ausland verwahrtes Gold zum Sammelbestand gezählt werden darf¹⁰⁵⁾. Dass sich auch die Banken der genannten Risiken wohl bewusst sind, zeigt beispielsweise das Merkblatt einer Grossbank betreffend die Sammelverwahrung von vertretbaren Edelmetallen und Münzen, wonach der Kunde für die Lagerung im Ausland die volle Verantwortung zu tragen habe¹⁰⁶⁾.

Dazu kommt, dass dem Kunden sowohl bei der herkömmlichen als auch bei der kontomässigen Sammelverwahrung ein dingliches Recht und zwar das Vollherrschaftsrecht zusteht. Abgesehen davon, dass noch andere gleichgeordnete Mitberechtigungen bestehen, räumt auch das Miteigentum, wie das Alleineigentum eine grundsätzlich vollständige und umfassende Herrschaft ein^{106a)}. Neben der Möglichkeit, über die Sachen rechtlich zu verfügen¹⁰⁷⁾ gehört dazu insbesondere die tat-

105) Bei gewöhnlichen Metallkonti ist es ohne weiteres möglich, diese Bestände zur rechnerischen Deckung zu verwenden. Der Kunde hat nur einen obligatorischen Anspruch und deshalb kein Mitspracherecht, wo sein Schuldner die zur Erfüllung erforderlichen Gegenstände aufbewahre. Gewisse Banken beschränken deshalb die Sammelverwahrung auf Bestände in der Schweiz (vgl. dazu DR Leu Ziff. 1 Abs. 4, DR Sarasin Ziff. 13 Abs. 3 u.a.).

106) Ob sich die Bank durch diesen Passus auch wirklich ihrer Verantwortung entschlägt, erscheint mir fraglich. Auf die Substitution des Verwahrers wird vorn S. 121 eingegangen. Dem Satz kommt m.E. nur die Bedeutung zu, den Kunden daran zu erinnern, dass er dasjenige Risiko zu tragen hat, das die Bank aufgrund des Hinterlegungsvertrages nicht mehr decken muss.

106a) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 183.

107) Miteigentümer können selbstverständlich nur gemeinsam verfügen (Art. 648 Abs. 2 ZGB).

sächliche Verfügungsmacht ¹⁰⁸⁾. Der Eigentümer darf also seine Sachen nutzen und gebrauchen. Desgleichen steht ihm aber auch frei, sie nicht zu gebrauchen, sondern sicher zu verwahren. Die Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung zeigt sich aber nicht erst im Benützen, sondern schon darin, dass der Eigentümer die örtliche Lage seiner Gegenstände bestimmen darf. Weil die Kunden Miteigentümer der Sammelbestände sind, sind sie berechtigt, mitzuentcheiden, wo die Barren verwahrt werden sollen.

Aus diesen beiden Gründen ist für Auslandverwahrung die Zustimmung des Kunden erforderlich ¹⁰⁹⁾. Dann enthält der zwischen Bank und Kunde geschlossene Hinterlegungsvertrag eine Substitutionsklausel, die auch die Auslandverwahrung umfasst ¹¹⁰⁾.

2.2.2.2. Anforderungen an die ausländische Rechtsordnung im allgemeinen

Auch wenn der Kunde sein Einverständnis zur Auslandverwahrung gegeben hat, kann das im Ausland lagernde Edelmetall nur zum Sammelbestand gezählt werden, wenn die Berechtigung, die nach ausländischem Recht an der Sache besteht, gewissen Mindestanforderungen entspricht, die sich aus dem Eigentumsverständnis der schweizerischen Rechtsordnung entnehmen lassen. Auf sie wird in den nachfolgenden Ausführungen im Detail eingegangen.

108) Meier-Hayoz, Art. 641 N 18.

109) Wenn das Depotreglement einen entsprechenden Passus enthält, kann der Kunde auch nicht mehr davon ausgehen, dass seine Werte im Inland gelegen seien, wie BGE 102 III 106 f. annimmt.

110) Dazu vorn S. 121 f.

2.3. Die Anforderungen an die ausländische Rechtsordnung im besonderen

Vorbemerkung: Ziel und Zweck

Aufgabe dieser Ausführungen ist es, die Rechtsstellung des Bankkunden als Miteigentümer eines Edelmetallsammeldepots im Gesamtrahmen der schweizerischen Rechtsordnung ¹¹¹⁾ darzustellen, gleichsam in einer Momentaufnahme aufzuzeigen, welche Vorzugsstellung ¹¹²⁾ diese Miteigentumsberechtigung einräumt. Die thesenartige Zusammenfassung am Schluss unter 2.3.4. soll dann den Vergleich mit entsprechenden Rechten ausländischer Rechtsordnungen erleichtern und die Entscheidung darüber ermöglichen, ob im Ausland gelagerte Edelmetallbarren zum Sammelbestand gezählt werden können.

Vorweg sei betont, dass nicht beabsichtigt wird, einen Beitrag zur Rechtstheorie oder zur Rechtsdogmatik zu leisten; die Ausführungen sind bewusst pragmatisch gehalten. Aus dem gleichen Grunde erfolgt - insbesondere in den Erläuterungen der öffentlichrechtlichen Aspekte - teilweise die Beschränkung auf ein einziges massgebendes Zitat. Nicht Stellung genommen wird sodann zur politischen Diskussion über die Eigentumsordnung in der Eidgenossenschaft; es wird lediglich die *lex lata* deskriptiv festgehalten.

Zur Gliederung sei folgendes bemerkt: Zuerst wird der allgemeine Inhalt des Eigentumsrechtes dargestellt (dazu 2.3.1.), dann folgen Ausführungen über die privatrechtlichen (dazu 2.3.2.) und die öffentlichrechtlichen Aspekte (dazu 2.3.3.).

111) Auf die Mitberücksichtigung ausländischer Literatur wird daher verzichtet.

112) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 130.

2.3.1. Allgemeiner Inhalt des Eigentumsrechtes ¹¹³⁾

Das Eigentumsrecht räumt dem Kunden eine grundsätzlich vollständige und umfassende Herrschaft über seine Sachen, die Goldbarren, ein ¹¹⁴⁾. Er kann also nach seinem Belieben damit verfahren, kann sie nutzen, sie mit beschränkten dinglichen Rechten belasten und sie gar auf einen anderen übertragen. Art. 641 Abs. 1 ZGB gewährt diese beiden Möglichkeiten der Verfügung: die rechtliche und die tatsächliche ¹¹⁵⁾.

Diese gleiche Norm enthält aber auch einen wesentlichen Vorbehalt: Die Aussage, dass der Eigentümer - nur - "in den Schranken der Rechtsordnung" über seine Sachen verfügen könne. Die konkreten Befugnisse eines Eigentümers lassen sich somit nur unter Berücksichtigung der gesamten eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung feststellen ¹¹⁶⁾. Dabei zeigt sich, dass diese inhaltsumschreibenden Normen im Fahrnisrecht - Goldbarren sind Mobilien - bedeutend weniger zahlreich sind als im Immobiliarsachenrecht ¹¹⁷⁾. Das entspricht deutschrechtlicher Tradition, die für diesen Teil unserer Privatrechtskodifikation wegleitend war ¹¹⁸⁾, und ist angesichts

113) Auf die Kontroverse, ob Beschränkungen zum Begriff des Eigentums gehören oder dessen Inhalt bilden (dazu Meier-Hayoz, Syst. Teil N 184 ff.), soll nicht eingegangen werden, da die praktischen Konsequenzen des Theorienstreites gering sind.

114) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 183 und vorn S. 168. Zu den Einschränkungen dieser Aussage bei der Sammelverwahrung bezüglich des Gegenstandes des Rechts vorn S. 135 f., durch die gleichgeordneten Mitberechtigungen der übrigen Kunden nachfolgend 2.3.2.3.

115) Dazu Meier-Hayoz, Art. 641 N 18; Liver, Eigentum SPR V/1, 16; Burckhardt, Einführung 84.

116) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 193; Haab, Art. 641 N 3 und 5.

117) Liver, Eigentum, SPR V/1, 8 und 120; Haab, Einleitung N 26 und Art. 641 N 20; Meier-Hayoz, Wesen des Eigentums 184.

118) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 93.

der überragenden volkswirtschaftlichen Bedeutung des Bodens auch heute durchaus gerechtfertigt. Auf die einzelnen Aspekte wird zurückzukommen sein ¹¹⁹⁾.

Art. 641 Abs. 2 ZGB spricht sodann die beiden wesentlichen Befugnisse an, die dem Eigentümer zum Schutze seiner Rechtsposition gegenüber Dritten zustehen: Der Kunde hat einerseits das Recht, die Sache von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen (rei vindicatio) ¹²⁰⁾, und andererseits ist er befugt, ungerechtfertigte Einwirkungen abzuwehren (actio negatoria) ¹²¹⁾. In den Vordergrund gestellt werden nur zwei der drei Rechtsbeziehungen, die das Eigentum auszeichnen ¹²²⁾: Die Beziehung des Eigentümers zur Sache und sein Verhältnis zu Dritten. Die Beziehungen zwischen Dritten und der Sache - seien dies nun Gläubiger, der Staat oder die Allgemeinheit - sind Gegenstand öffentlichrechtlicher Vorschriften ¹²³⁾. Auf die Rechtsstellung von als Miteigentümer beteiligten Drittpersonen ist speziell einzugehen ¹²⁴⁾.

119) Bezüglich der Verteilung der Beweislast für behauptete Eigentumsbeschränkungen gilt die Vermutung für die Freiheit des Eigentums: Wer sich auf eine Schranke des Eigentums beruft, muss deren Existenz und Inhalt beweisen (Meier-Hayoz, Syst. Teil N 197 und Weber, ZSR 1978 I 189).

120) Jedem einzelnen Kunden steht dieses Recht zu, doch kann er nur die Herausgabe an alle Miteigentümer verlangen (dazu Meier-Hayoz, Art. 648 N 4).

121) Angesichts der Verwahrung der Goldbarren in einem Tresor können unbefugte tatsächliche Einwirkungen wohl ausgeschlossen werden; möglich ist hingegen die Erhebung der Negatorienklage zur Abwehr angemasster Rechte (Meier-Hayoz, Art. 641 N 64; Haab, Art. 641 N 40). Ein Zusammenwirken mit den anderen Miteigentümern ist nicht erforderlich: BGE 95 II 402.

122) Meier-Hayoz, Wesen des Eigentums 172 und 174 f.

123) Dazu hinten 2.3.3.

124) Dazu hinten 2.3.2.3.

2.3.2. Privatrechtliche Aspekte

2.3.2.1. Das Recht des Kunden als dingliches Recht

Das Miteigentum des Bankkunden ist ein dingliches Recht, ein Recht also, das sich unmittelbar auf eine Sache bezieht. Es umfasst jede einzelne ¹²⁵⁾, zum Sammelbestand gehörende, bewegliche ¹²⁶⁾ Sache. Folglich sind die Goldbarren selber der vorn ¹²⁷⁾ beschriebenen rechtlichen Herrschaft unterworfen ¹²⁸⁾. Dies schliesst nicht aus, dass der Kunde vertraglich auf den unmittelbaren Besitz verzichtet - durch die Hinterlegung bei der Bank - und zur Erlangung der tatsächlichen Innehabung auf die Mitwirkung staatlicher Zwangsvollstreckungsorgane angewiesen ist ¹²⁹⁾. Wesentlich ist nur, dass diese Sachbeziehung selbständig ist, d.h. nicht - wie ein bloss obligatorisches Recht - nur auf der rechtlichen Bindung einer Drittperson beruht ¹³⁰⁾. Dies zeigt sich denn auch darin, dass die Berechtigung des Kunden nicht nur von einer beschränkten Anzahl von

125) Spezialitätsprinzip; dazu Meier-Hayoz, Syst. Teil N 34. Ungenügend ist also sowohl die Berechtigung an einem bestimmten Sachteil, z.B. der einen Hälfte eines Barrens (Meier-Hayoz, Syst. Teil N 98), als auch an einem geteilten Bruchteil einer Menge (sog. Mengeneigentum, dazu Jenny zit. vorn 1. Kap. Anm. 378).

126) Dass sich das Recht auf bewegliche Sachen (dazu Meier-Hayoz, Syst. Teil N 98) bezieht, ist insbesondere im anglo-amerikanischen Rechtskreis von Bedeutung.

127) 2.3.1., S. 171.

128) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 131 und 135; Liver, Einleitung zum Dienstbarkeitskommentar N 2; ungenügend wäre ein Recht an einem Recht: Meier-Hayoz, Art. 646 N 3.

129) Dazu hinten 2.3.3.4.

130) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 131; Haab, Einleitung N 53 f.; Eugen Huber (Dingliche Rechte 35) spricht davon, dass die Durchsetzbarkeit der Sachherrschaft keiner eigenen, auf besonderem Rechtsgrund beruhender Motivierung bedarf. Ungenügend wäre deshalb auch ein Recht, das dem Kunden nur in seiner Eigenschaft als Mitglied einer juristischen Person zusteht (vgl. dazu auch hinten 2.3.2.3.).

Rechtssubjekten zu berücksichtigen ist ¹³¹⁾, sondern dass sie jedermann zu respektieren hat ¹³²⁾. Sie setzt sich also sowohl gegenüber den anderen Kunden als auch gegenüber Gläubigern der Bank ¹³³⁾ durch.

2.3.2.2. Das Recht des Kunden als Vollherrschaftsrecht

"Das Eigentum ist das erste und oberste dingliche Recht" ¹³⁴⁾. Das Recht des Kunden ist also umfassender ¹³⁵⁾ als alle anderen Berechtigungen, die nach unserem Recht an den Goldbarren begründet werden könnten. Es vermittelt eine selbständige Herrschaftsmacht, die sich nicht bloss als Beschränkung eines anderen Rechts präsentiert ¹³⁶⁾. Dies schliesst aber nicht aus, dass diese Berechtigung ihrerseits mit gewissen Belastungen beschwert ist; es sei insbesondere an das in den meisten Depotreglementen statuierte Pfandrecht der Bank an bei ihr deponierten Vermögenswerten erinnert.

2.3.2.3. Das Recht des Kunden als gemeinschaftliches und dennoch selbständiges Recht

Die im Sammeldepot liegenden Barren gehören nun allerdings nicht einem einzelnen Kunden allein, vielmehr existiert an ihnen eine Vielzahl gleichgeordneter Berechtigungen. Die beteiligten Personen

131) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 133.

132) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 131-133; Liver, Eigentum, SPR V/1, 9; Haab, Einleitung N 53; Eugen Huber, Dingliche Rechte 35.

133) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 134.

134) Eugen Huber, Dingliche Rechte 50.

135) Burckhardt, Einführung 89.

136) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 143.

stehen zueinander in einer qualitativ gleichen Rechtsstellung ¹³⁷⁾. Obwohl kein Recht völlig unabhängig von den anderen besteht und jedes Anteilsrecht die anderen voraussetzt und durch sie beschränkt wird ¹³⁸⁾, kann der Kunde seine Berechtigung grundsätzlich selbständig ausüben; wo ein Zusammenwirken erforderlich wäre, amtet die Bank als Stellvertreterin. Zur Realisierung des Rechts stehen dem Kunden zwei Wege offen: Die Uebertragung des Anteils auf eine andere Person und der Bezug der entsprechenden Barren. Im einzelnen kann vollumfänglich auf das vorn Gesagte verwiesen werden ¹³⁹⁾.

Keine Rolle spielt es, ob die so ausgestaltete Berechtigung ein eigenes Recht aus einem Bündel gleichartiger Rechte ist oder ob ein einziges Recht mehreren Berechtigten zusteht; die dogmatische Konstruktion des Miteigentums im schweizerischen Recht ist ja nach wie vor umstritten ¹⁴⁰⁾. Doch muss betont werden, dass dem Kunden das Sachrecht selber zugeordnet sein muss und er seiner nicht nur infolge gemeinsamer Zugehörigkeit zu einer juristischen Person teilhaftig sein darf. Ja, man muss sich sogar fragen, ob nicht die zwingende Mitgliedschaft bei einer juristischen Person die Annahme eines dem Miteigentum entsprechenden Rechtes überhaupt ausschliesst, da dieses voraussetzungslos begründbar ist ¹⁴¹⁾.

137) Meier-Hayoz, Art. 646 N 3.

138) Meier-Hayoz, Art. 646 N 5.

139) S. 57 ff. und 72 ff. Dass die ausländische Rechtsordnung ein Recht zur Aussonderung kennt, das jederzeit ausgeübt werden kann, ist ausserordentlich wichtig.

140) Haab, Vorbemerkungen zu den Art. 646-654 N 7.

141) Haab, Vorbemerkungen zu den Art. 646-654 N 3.

2.3.3. Öffentlichrechtliche Aspekte

2.3.3.1. Schutz durch Art. 64 und Art. 3 BV und Art. 2 der Übergangsbestimmungen der BV

Die dargelegte Regelung des Eigentums durch das Bundeszivilrecht wird vor widersprechender kantonaler Gesetzgebung in zweifacher Hinsicht geschützt.

Vor privatrechtlichen Erlassen durch Art. 64 BV, der die gesamte Zuständigkeit zur Legiferierung im Bereich des Privatrechts dem Bund zuweist (Prinzip der Gesamtkodifikation). Kantonales Recht ist hier nur zulässig, wenn und soweit das Bundesrecht einen Vorbehalt anbringt ¹⁴²⁾. Im Bereiche des Fahrnisrechtes existieren jedoch keine solchen Vorbehalte.

Für die öffentlichrechtlichen Normen der Kantone wiederholt Art. 6 ZGB, was nach der verfassungsrechtlichen Kompetenzabgrenzung durch Art. 3 BV ohnehin rechtens wäre ¹⁴³⁾; die Kantone werden also grundsätzlich durch das Eigentumsrecht des Bundes nicht gehindert, im gleichen Gebiet öffentlichrechtliche Vorschriften zu statuieren, ja es ist sogar eine gewisse expansive Kraft dieses kantonalen öffentlichen Rechts anerkannt ¹⁴⁴⁾. Deren Grenzen bestimmt aber das Bundesrecht, welches sich nach Art. 2 UeBV durchsetzt ¹⁴⁵⁾. Den Kantonen ist der Erlass von solchen Bestimmungen verboten, die das Bundeszivilrecht beeinträchtigen oder seinem Sinn und Geist widersprechen oder es geradezu vereiteln ¹⁴⁶⁾.

142) Zum Ganzen: Meier-Hayoz, Syst. Teil N 16 a ff. und Liver, Einleitungsband, Art. 5 N 5 ff.

143) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 17 a.

144) Hans Huber, Einleitungsband, Art. 6 N 70 ff. und andere Autoren.

145) Hans Huber, a.a.O. N 90.

146) BGE 104 I a 108 und dort zit. Entscheide.

Das im eidgenössischen Recht verankerte Eigentumsrecht des Bankkunden ist somit gegen eine Aushöhlung durch die kantonale Gesetzgebung geschützt.

2.3.3.2. Schutz durch Art. 22ter BV

Der in Art. 22ter verankerte verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums bezieht sich sowohl auf das Privateigentum als eine in ihrem Wesensgehalt unantastbare Institution der schweizerischen Rechtsordnung (= Institutsgarantie) wie auch auf die einzelnen Eigentumsrechte in ihrer konkreten individuellen Ausgestaltung, in deren Bestand der Staat nur unter bestimmten Voraussetzungen eingreifen darf (= Bestandesgarantie).

Die Institutsgarantie nimmt die Privateigentumsordnung gegenüber der Gesetzgebung in Schutz. Sie auferlegt ihr die Pflicht, die Güterverfassung nach dem Prinzip der freien Verfügbarkeit zu ordnen¹⁴⁷⁾. Unzulässig wäre beispielsweise ein Erlass, der Privateigentum an Edelmetallen schlechthin untersagen würde; denn die Ueberführung einzelner Sachen aus dem Bereich der Privatautonomie in denjenigen der staatlichen Bewirtschaftung hält vor der Institutsgarantie nur Stand, wenn und soweit eine ausreichende Menge derselben Kategorie der freien Nutzung verbleibt¹⁴⁸⁾.

Die Bestandesgarantie schützt die konkrete Eigentümerposition. Sie gilt in gleicher Weise für Fahrnis wie für Immobilien¹⁴⁹⁾. Sie verlangt für die Zulässigkeit von Eingriffen ins private Eigentum das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage und eines öffentlichen Inter-

147) BGE 105 I a 140 und dort zit. Entscheide.

148) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 213 b, zur Institutsgarantie im allgemeinen N 213 a ff.; ferner Weber, ZSR 1978 I 161 ff.

149) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 215 b; Aubert N 2173.

esses und statuiert für den Fall enteignender oder enteignungsähnlicher Wirkung die Pflicht zu voller Entschädigung¹⁵⁰⁾. In diesem Sinne können nach Abs. 2 von Art. 22^{ter} BV Bund und Kantone im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen vornehmen. Die Bestandesgarantie richtet sich somit nicht nur an die Verwaltung (die nicht ohne gesetzliche Grundlage ins Privateigentum eingreifen darf), sondern auch an den Gesetzgeber, der nur bei Vorliegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses Eigentumsschranken errichten darf. Dazu im einzelnen 3.2.3.3.

In diesem durch Instituts- und Bestandesgarantie abgesteckten Rahmen kann der Staat die Position des Eigentümers für die verschiedenen Arten von Sachen näher umschreiben. Je nach der Intensität des staatlichen Eingriffes handelt es sich um eine entschädigungslos hinzunehmende Bestimmung des Eigentumsinhaltes, um eine entschädigungspflichtige - materielle oder formelle - Enteignung oder um einen verfassungsrechtlich unzulässigen (weil gegen die Instituts-garantie verstossenden) Akt.

2.3.3.3. Zum öffentlichen Interesse im besonderen

Beim öffentlichen Interesse, das einen Eingriff legitimiert, muss es sich stets um "ein erhebliches Interesse handeln, welches das entgegenstehende private Interesse überwiegt"¹⁵¹⁾.

Aufgabe dieses Erfordernisses ist es, eine Schranke gegenüber jeder Art staatlicher Eingriffe in die private Eigentumsordnung zu bilden

150) Imboden/Rhinow, Nr. 126, S. 902 ff.

151) BGE 93 I 250; zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. BGE 104 I a 124 und Imboden/Rhinow, Nr. 123, S. 870.

- sowohl gegen bloss inhaltsumschreibende Eigentumsbindungen wie gegen entschädigungspflichtige Enteignungen. Der Begriff des öffentlichen Interesses steht in engem Zusammenhang mit der heutigen Wirtschafts- und Sozialordnung. Sein Vorliegen wird seit jeher bejaht für Massnahmen polizeilicher Natur, längst aber auch für zahlreiche Anliegen sozialgestaltenden Charakters ¹⁵²⁾. Durch Anerkennung dieser Interessen kann der Umfang der im Eigentum enthaltenen Berechtigungen im Laufe der Zeit mit der Aenderung der Gesetzgebung variieren. Der Staat ist nicht daran gehindert, unter dem Druck der veränderten tatsächlichen Verhältnisse oder in Berücksichtigung geänderter sozialer Wertvorstellungen neue Schranken der Eigentumsfreiheit aufzustellen ¹⁵³⁾. Doch sind dem Gemeinwesen auch hier Grenzen gesetzt: Die Eingriffe müssen - aufs Ganze gesehen - letztlich der Erhaltung und nicht der Beseitigung der geltenden Eigentumsordnung dienen ¹⁵⁴⁾. Zulässig sind Reformen, nicht aber Massnahmen revolutionären Charakters.

2.3.3.4. Zwangsvollstreckung

Die Goldbarren dienen nicht als Haftungssubstrat der Bank selber; deren Gläubiger können nur auf Werte greifen, die im Eigentum ihrer Schuldnerin stehen ¹⁵⁵⁾. Hingegen sind die Gläubiger des Kunden berechtigt, sich aus dem Wert des Edelmetalls bezahlt zu machen; doch nur in den Formen staatlicher Zwangsvollstreckung.

152) Imboden/Rhinow, Nr. 126, S. 902 ff.

153) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 218 c.

154) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 222 b; Saladin 123.

2.3.4. Zusammenfassung

Das Miteigentumsrecht eines Sammeldepotkunden ist eine Berechtigung, welche

- die Befugnis verleiht, rechtlich und tatsächlich grundsätzlich uneingeschränkt über die Sachen zu verfügen und sie gegen Entziehung und Beeinträchtigung durch Dritte zu verteidigen;
- unmittelbar einzelne ungeteilte Sachen ergreift;
- umfassender ist als alle anderen Rechte derselben Kategorie;
- durch gleichartige Rechte der anderen am Edelmetall Beteiligten bedingt ist, ohne deshalb ihre Selbständigkeit zu verlieren;
- nicht durch die Gesetzgebung untergeordneter Gebietskörperschaften (Kantone, Gemeinden) beeinträchtigt werden kann;
- vor Aufhebung oder Aushöhlung durch staatliche Erlasse geschützt ist und durch den Staat nur aufgrund eines erheblichen öffentlichen Interesses im Rahmen der geltenden freiheitlichen Wirtschafts- und Sozialordnung eingeschränkt werden kann, im Falle von Enteignung oder von enteignungsähnlichen Massnahmen nur gegen volle Entschädigung;
- nicht zum Haftungssubstrat der verwahrenden Bank gehört, wohl aber dem Zugriff seiner eigenen Gläubiger unterliegt.

2.4. Kauf im Ausland und Transport in die Schweiz

Vorbemerkung

Entsprechend den Erwägungen von 2.2.2.1., S. 169 gelten die nun folgenden Ausführungen über Kauf von Gold im Ausland und den Transport

in die Schweiz nur für den Fall, dass der Kunde der Verwahrung im Ausland nicht zugestimmt hat oder die Bank eine solche Zustimmung gar nicht verlangt. Es geht darum festzustellen, in welchem Zeitpunkt in diesem Falle die entsprechenden Barren in einen Sammelverwahrungsbestand einbezogen werden können ¹⁵⁶⁾.

2.4.1. Kaufvertrag

2.4.1.1. Parteien des Kaufvertrages

Ein Teil der Verträge wird direkt zwischen der Bank und dem ausländischen Verkäufer, einer Bank, einem Broker oder einer Schmelzanstalt, geschlossen. Andere Geschäfte werden durch Vermittlung eines Agenten ¹⁵⁷⁾ getätigt. Jene treten in der Regel als Mäkler ¹⁵⁸⁾ auf, die Bank wird also Partei des Kaufvertrags. Handelt der Agent dagegen als Kommissionär ¹⁵⁹⁾, wird er selber Käufer.

156) Keine Probleme ergeben sich bei der vom Kunden gebilligten Auslandverwahrung für den Fall, dass jenes Gold in die Schweiz verbracht wird. Da nach der neueren Lehre für die res in transitu entweder das Recht des Absende- oder des Bestimmungsortes massgebend ist (dazu hinten S. 185 f) also entweder des Landes, wo das Gold verwahrt worden ist - jene Eigentumsordnung genügt den Anforderungen des schweizerischen Rechts -, oder das schweizerische Recht, können diese Bestände auch während des Transportes weiterhin zum Sammelbestand gezählt werden.

157) Art. 418 a ff. OR.

158) Art. 412 ff. OR. Die mit Brokern abgeschlossenen Mäklerverträge selber unterstehen dem Recht am Ort des Marktes: Vischer, IPR, SPR I, 676, Anm. 30 und VE-IPRG Art. 123 Abs. 2 lit. b. Dies gilt insbesondere für Käufe am New Yorker und Londoner Markt.

159) Art. 425 ff. OR; dies kommt auch im Verkehr mit Brokern vor.

2.4.1.2. Auf obligationenrechtliche Fragen anwendbares Recht

Die Kaufverträge mit Partnern aus Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Italien, Niger, Norwegen und Schweden ¹⁶⁰⁾ unterstehen dem Haager Uebereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anwendbare Recht ¹⁶¹⁾. Gemäss Art. 3 Abs. 1 ist mangels Rechtswahl ¹⁶²⁾ das Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Verkäufers ¹⁶³⁾ massgebend, also das Recht des ausländischen Vertragspartners der Bank. Diese Anknüpfung gilt nach Lehre und Rechtsprechung auch für die anderen Staaten ¹⁶⁴⁾. Das Vertragsstatut regelt insbesondere auch den Gefahrenübergang ¹⁶⁵⁾.

2.4.1.3. Auf den Eigentumsübergang anwendbares Recht

Nicht anwendbar, sowohl nach dem Haager Uebereinkommen ¹⁶⁶⁾ als auch nach Lehre und Rechtsprechung ¹⁶⁷⁾, ist das Vertragsstatut hingegen auf die Frage des Eigentumsübergangs; hier gilt die *lex rei sitae*. Nach dem Vorentwurf wäre zwar *inter partes* auch für diese

160) Stand am 1.1.1978.

161) SR O. 221.211.4.

162) Die Wahl des schweizerischen Rechts ist empfehlenswert.

163) Vorbehalten bleibt die Situation nach Abs. 2 dieses Artikels.

164) Der Verkäufer schuldet die charakteristische Leistung; Keller, IPR II 58; Schnitzer II 687; Vischer, Vertragsrecht 115; ders., IPR, SPR I 673; BGE 101 II 85 und dort zit. Entscheide.

165) Vischer, IPR, SPR I 674; BGE 101 II 85 ff. und dort zit. Entscheide; Haager Uebereinkommen, Art. 5 Ziff. 3 Satz 2.

166) Art. 5 Ziff. 3 a.A.

167) Keller, IPR II 54; Schnitzer II 688 f.; Vischer, Vertragsrecht 177; ders., IPR, SPR I 674.

Frage eine Rechtswahl möglich ¹⁶⁸⁾. Im folgenden soll jedoch die objektive Anknüpfung erläutert werden.

Einfach ist die Rechtslage bei den Ländern, die das Konsensualprinzip kennen; so geht beispielsweise beim Kauf von Gold in Frankreich das Eigentum mit dem Vertragsabschluss über ¹⁶⁹⁾. In England ist dafür der Wille der Parteien massgebend ¹⁷⁰⁾: Die Bank müsste also zum Ausdruck bringen, dass sie sofort property-rights ¹⁷¹⁾ erwerben möchte. Liegt das Gold in einem Land, das dem Traditionsprinzip huldigt, muss die Bank zusätzlich Besitz oder eine entsprechende Position erlangt haben. Hat nach dem fremden Ortsrecht mangels Tradition kein Eigentumserwerb stattgefunden, wird die Bank spätestens mit dem Empfang des Goldes auf dem Flughafen Eigentümerin, denn in jenem Zeitpunkt erfolgt der Besitzerwerb.

Auch wenn bereits im Ausland Eigentum oder ein entsprechendes Recht der Bank am gekauften Edelmetall entstanden ist, können solche Bestände nicht sogleich zum Substrat des Miteigentums gerechnet werden; es sei daran erinnert, dass diese Ausführungen darauf basieren, dass die Zustimmung des Kunden zur Auslandsverwahrung fehlt. Der mögliche Zeitpunkt für den Einbezug in den Sammelbestand ergibt sich aus den Erwägungen über den Transport in die Schweiz ¹⁷²⁾.

-
- 168) VE-IPRG, Art. 126 Abs. 1 und Art. 106; Schlussbericht 228. Kritisch: Vischer, Vertragsrecht 177 f.; die Rechtswahl kann Dritten nicht entgegengehalten werden.
- 169) Art. 1583 CC fr; Ferid 588; Schnitzer II 688; das so erworbene Eigentum wird in der Schweiz anerkannt: dazu unten bei Anm. 181.
- 170) Mark, Chalmers' Sale of goods act 75/76; Schnitzer II 688.
- 171) Hier zeigt sich deutlich der Vorteil einer Rechtswahl für die dinglichen Fragen. Der Bank kann dann nämlich Eigentum im uns geläufigen Sinn erwerben und nicht nur die entsprechende Berechtigung in den Denkkategorien des englischen Rechts.
- 172) Nachfolgend S. 185 ff.

2.4.1.4. Exkurs: Eigentumserwerb beim Kauf von Gold durch einen Kommissionär

Kauft die Bank Gold unter Mithilfe eines Kommissionärs, muss untersucht werden, ob dieser die Auftraggeberin für den Eigentumserwerb vertreten kann, d.h. ob es möglich ist, dass die Bank selber bereits in jenem Zeitpunkt Eigentümerin wird, in dem der Verkäufer das Gold dem ausländischen Broker überträgt. Diese Frage untersteht wie allgemein der Eigentumserwerb¹⁷³⁾, der *lex rei sitae*. Ihre Beantwortung nach ausländischen Rechtsordnungen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Angesichts ihrer nicht zu unterschätzenden Bedeutung soll aber nicht auf eine Antwort verzichtet werden; hingegen erlaube ich mir, den Ausführungen das schweizerische Recht zugrunde zu legen.

Ein Teil der Lehre¹⁷⁴⁾ geht davon aus, dass der Kommissionär vorerst selber Eigentum erwerbe und er dieses noch auf den Auftraggeber übertragen müsse. Dieser zweite Eigentumserwerb würde im vorliegenden Fall bei der Ankunft der Barren im Flughafen erfolgen. Deshalb wäre auch erst dann die Begründung von Miteigentum möglich. Andere Autoren befürworten einen direkten Eigentumserwerb zugunsten des Kommittenten kraft stiller Stellvertretung durch den Kommissionär¹⁷⁵⁾. Dem kann zugestimmt werden.

Die Ermächtigung, mit der die Bank den Broker bevollmächtigt, für sie Eigentum zu erwerben, liegt im Abschluss der Kommission selber. Die Bank ist nämlich daran interessiert, möglichst schnell an den Barren dinglich berechtigt zu werden. Dem Veräusserer ist es in der

173) Vorn S. 182 f.

174) So beispielsweise Guhl/Merz/Kummer 464.

175) von Tuhr/Peter 388 ff.; Oser/Schönenberger, Art. 401 N 11 ff.; Becker, Art. 434 N 1 f.; Lemp, ZSR 1942 281 ff.; Egger, Anm. 21; BGE 102 III 101 und 84 II 262.

Regel gleichgültig, wer Eigentümer des Edelmetalles wird; er selber ist lediglich an Verkauf und Umsatz interessiert. Man muss auch dem Umstand Rechnung tragen, dass die meisten solcher Geschäfte Distanz-käufe sind und sowohl Broker als auch Verkäufer in der Regel nie unmittelbare Besitzer des Edelmetalles sind. Ein direkter Eigentums-erwerb durch die Bank setzt aber voraus, dass der Kommissionär ir-gendwie seinen Willen zum Ausdruck gebracht hat, dass er nicht sel-ber Eigentümer werden will. Doch genügt eine entsprechende Verlaut-barung gegenüber dem Kommittenten¹⁷⁶⁾.

Es zeigt sich deshalb, dass gegenüber jenem Gold, das aufgrund einer direkten Geschäftsbeziehung gekauft wird, ohne Dazwischentre-ten einer Mittelsperson, hinsichtlich der Uebertragung des Eigen-tums kein prinzipieller Unterschied besteht.

2.4.2. Transport in die Schweiz

2.4.2.1. Anwendbares Recht

Zur Diskussion gestellt ist die Frage, welcher Rechtsordnung die dinglichen Rechte an Edelmetallbeständen unterstehen, die im Aus-land hinterlegt oder gekauft worden sind und nun in die Schweiz verbracht werden.

Die herkömmliche Lehre bestimmt die dinglichen Rechte an Transport-gut auch nach der *lex rei sitae*¹⁷⁷⁾. Eine neuere Lehre sucht aber angesichts der Zufälligkeit dieser Anknüpfung neue Wege: So soll nach den einen Autoren der Absendeort¹⁷⁸⁾, nach den anderen der

176) Lemp, ZSR 1942 310.

177) So u.a. Niederer 178.

178) u.a. Vischer, IPR, SPR I 655.

Bestimmungsort ¹⁷⁹⁾ massgebend sein. Art. 103 des VE zum IPR-Gesetz entschied sich für die zweite Lösung. Diese Anknüpfung gilt dann im Gegensatz zur subjektiven nach Art. 106 VE auch gegenüber Dritten. Nach ihr gilt für die Goldbarren vom Augenblick ihrer Versendung in die Schweiz an die schweizerische Sachenrechtsordnung. Die an ihnen nach ausländischem Recht bestehende Berechtigung muss jedoch einer Transformation in schweizerisches Eigentum zugänglich sein ¹⁸⁰⁾. Dabei können die unter 2.3.4. erarbeiteten Kriterien zu Hilfe genommen werden: Nur ein Recht, das jene Anforderungen erfüllt, ist Eigentum. Ein solcher im Ausland erfolgter Rechtserwerb wird anerkannt ¹⁸¹⁾, da der Fortbestand von Eigentum von keinerlei Dauervoraussetzungen abhängig ist ¹⁸²⁾.

2.4.2.2. Zum Zeitpunkt der Einbeziehung in den Sammelbestand

Zur Bestimmung des Zeitpunktes, an dem im Ausland gekaufte oder hinterlegte Edelmetallbarren ¹⁸³⁾ frühestens zum Substrat des Miteigentums gezählt werden dürfen, sei vorerst der Sachverhalt beim Kauf kurz dargestellt; im Anschluss daran werden allgemeine Schlüsse gezogen.

Verträge aufgrund regelmässiger Geschäftsabschlüsse werden vom Broker vorerst buchungsmässig ¹⁸⁴⁾ festgehalten und die entsprechenden Barren allenfalls räumlich ausgeschieden. In der Regel übernimmt

179) u.a. Dölle 115; Schnitzer II 583.

180) Vischer, IPR, SPR I 657.

181) Meier-Hayoz, Syst. Teil N 285; Vischer, IPR, SPR I 656; Schnitzer II 572.

182) Vischer, IPR, SPR I 656; Keller, IPR I 421.

183) Sie müssen selbstverständlich die in Kap. 2 Ziff. 1 erwähnten Anforderungen an den Gegenstand des Miteigentums erfüllen.

184) Die Standardbarren werden nach Gewicht, Feinheit und Nummern eingebucht, die vertretbaren nach Stückzahl.

immer die gleiche Gesellschaft ¹⁸⁵⁾, eine Vertrauensfirma, die Ueberführung zum Flughafen, wo die Barren in ein von der schweizerischen Bank gechartertes Flugzeug verladen und nach Kloten geflogen werden. Die Bankpraktiker sprechen vom Verlad in den Lieferwagen an von "unserem Gold".

Dies ist m.E. auch vom rechtlichen Standpunkt aus nicht zu beanstanden, sofern eine der Transformation in schweizerisches Eigentum fähige Berechtigung erworben worden ist ¹⁸⁶⁾. Vom Zeitpunkt der Versendung an unterstehen die dinglichen Rechtsverhältnisse nicht nur inter partes, sondern auch gegenüber Dritten dem schweizerischen Recht ¹⁸⁷⁾. Der ganze Transport wird durch Vertrauensfirmen der Bank ausgeführt und ist deshalb nicht mehr vom Verkäufer abhängig.

Wenn diese Voraussetzungen - dem Eigentum entsprechende Berechtigung ¹⁸⁸⁾ nach der lex rei sitae und Transport ausschliesslich durch Vertrauensfirmen der Bank ohne Mithilfe der Aufbewahrer oder deren Hilfspersonen - gegeben sind, so kann an diesem Edelmetall vom Zeitpunkt an, da es zum Transport auf den Flughafen verladen ist, Miteigentum begründet werden; von jetzt an kann es zum Sammelbestand gezählt werden. Das trifft insbesondere für die Käufe am Londoner Goldmarkt zu, da nach englischem Kaufrecht das "property right" bei Gattungskauf spätestens dann übertragen wird, wenn der Verkäufer entsprechend der Vereinbarung mit dem Käufer die verkaufte Ware ausscheidet ¹⁸⁹⁾, im vorliegenden Fall also, wenn der Broker den Transport vorbereitet.

185) Der Transport zum Flughafen untersteht dem Recht am Ort der Erfüllung dieser Arbeitsobligation: Vischer, IPR, SPR I 677. Anders dann, wenn die entsprechenden Verträge durch eine Rechtswahlklausel ergänzt werden.

186) Dazu vorn S. 180.

187) Dazu vorn S. 186.

188) Dazu vorn S. 180.

189) Mark, Chalmers' Sale of goods act 85.

In allen anderen Fällen entsteht erst im Zeitpunkt der Ankunft in Kloten eine Beziehung zum Gold, die die Begründung von Miteigentum ermöglicht.

3. Kapitel

DIE KONDITIONEN FÜR DIE SAMMELVERWAHRUNG VON EDELMETALLEN

1. Geltung, Form und Inhalt der Konditionen im allgemeinen

1.1. Geltung

1.1.1. Gegenüber neuen Kunden

1.1.1.1. Allgemeines

Auch die Konditionen für die herkömmliche und die kontomässige Sammelverwahrung bilden Bestandteile der in einem weiten Sinn verstandenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ¹⁾. Dabei handelt es sich um "zum voraus abgefasste standardisierte Vertragsklauseln, welche die eine Partei [die Bank] bereit hält, um sie den konkreten Verträgen, die diese Partei mit ihren Kunden abzuschliessen gedenkt, zu Grunde zu legen" ²⁾. Die Reglemente widerspiegeln den Inhalt der privatrechtlichen Vereinbarung zwischen Bank und Kunde.

Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich mit der Frage, welchen Anforderungen die entsprechende Willenserklärung des Kunden genügen muss, damit die Konditionen zum Inhalt des Sammeldepot- bzw. des Sammelkontovertrages werden.

1) Treyvaud 35.

2) Oftinger, Bundesgerichtspraxis 35.

1.1.1.2. Zustimmung

Art. 484 OR, an den sich die Vereinbarungen anlehnen, sieht in Abs. 1 vor, dass der Lagerhalter die ihm anvertrauten Güter nur vermen- gen darf, wenn ihm dies ausdrücklich gestattet worden ist. Auf die in der Lehre herrschenden Differenzen über die Bedeutung dieser Er- klärung an sich ist bereits hingewiesen worden ³⁾. Im jetzigen Zu- sammenhang interessiert jedoch ihr spezieller Gehalt bei der her- kömmlichen und bei der kontomässigen Sammelverwahrung. Beim Sammel- depotvertrag gilt sie einem Hinterlegungsvertrag, der bezüglich Aus- scheidung und Teilung wesentliche Besonderheiten aufweist. Beim Sammelkontovertrag sind mit ihr ausserordentlich bedeutsame Rechts- handlungen verbunden, so die Begründung von Miteigentum, die Bevoll- mächtigung der Bank zur Stellvertretung gegenüber anderen Miteigen- tümern und der Abschluss des Hinterlegungsvertrages. Angesichts eben dieser Gewichtigkeit der Erklärung muss auch bei der Sammelver- wahrung die ausdrückliche Zustimmung des Kunden verlangt werden ⁴⁾.

Was unter "ausdrücklich" verstanden werden darf, ist in der Litera- tur umstritten. Zur Klärung dieser Frage muss unterschieden werden zwischen dem Inhalt der Erklärung, der aus dem Text der Konditionen hervorgeht, und der Uebernahme dieser Erklärung durch den Kunden.

"Ausdrücklich" heisst, dass die Erklärung selber aus den Worten, die in den Konditionen verwendet werden, ohne Zuhilfenahme der Um-

3) Vorn S. 74 f.

4) So auch Baerlocher, Hinterlegungsvertrag SPR VII/1, 688 und Treyvaud 141 f.

stände, verständlich sein ⁵⁾ und ihr Inhalt die Vereinbarung vollständig wiedergeben muss ⁶⁾.

Für die Uebernahme durch den Kunden wäre an sich auch eine mündliche Erklärung genügend ⁷⁾ doch ist m.E. angesichts der im Bankverkehr herrschenden Uebung und im Hinblick auf die Beweisbarkeit Schriftlichkeit erforderlich ⁸⁾.

Hingegen muss der Kunde nicht bei jedem Goldkauf erneut seine Zustimmung erteilen ⁹⁾. Es genügt das generelle Einverständnis zu Beginn der Geschäftsbeziehungen. "Ausdrücklich" ist nicht gleichbedeutend mit "speziell" ¹⁰⁾. Ausreichend ist auch die Zustimmung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ^{11) 12)}.

-
- 5) von Tuhr/Peter 162; Jenny 52; Treyvaud 141; Zehnder 81.
 - 6) Hinten S. 201ff.; keine besondere Bedeutung kommt der Formulierung zu, der Kunde stimme der Sammelverwahrung "ausdrücklich" zu (DR SKA § 9 Abs. 2; DR Bär Ziff. 10; DR Rothschild Ziff. 11). Nicht die Verwendung dieses Wortes, sondern ihr konkreter Inhalt macht die Erklärung zu einer ausdrücklichen.
 - 7) Treyvaud 141; Jenny 52.
 - 8) Treyvaud 37 und beiläufig de Preux 26. Ungenügend ist demnach die blosse Entgegennahme eines Depotscheines, in dem keine Nummern aufgeführt werden (ZR 36 Nr. 118). Zur Einseitigkeit dieser Schriftform: Jenny 49.
 - 9) Egger 112; Jenny 54; Treyvaud 142. A.A. Gautschi, Art. 481 N 3 d.
 - 10) Authenrieth, SJK 660 3. Anders die Rechtslage für Wertpapiere in Deutschland, wo der Kunde der Verwahrung im Haussammeldepot nicht generell zustimmen kann (§ 5 Abs. 1 Depot G), weshalb die Haussammelverwahrung dort ohne Bedeutung blieb (Grathwohl 82).
 - 11) Schlegelberger/Schröder, § 419 N 4. Da die Banken die Sammelverwahrung dem Individualdepot vorziehen, hat die Fixierung dieser Verträge in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dazu geführt, dass nunmehr die Einzelverwahrung, wie es heisst, "ausdrücklich" verlangt werden muss (so z.B. DR SVB Ziff. 1 Abs. 2).
 - 12) Diese kann gleichzeitig mit dem Erwerb der Berechtigung oder später erfolgen, dazu vorn S. 87 ff. und S. 108 ff.

Notwendig ist demnach, dass der Kunde entweder die Konditionen selber oder ein Schriftstück unterzeichnet, das auf seiner Vorderseite auf die Konditionen verweist ¹³⁾. Ungenügend ist m.E. eine Verweisung nur auf der Rückseite und die blosse Beilage der Konditionen, ohne dass darauf verwiesen wird ¹⁴⁾.

1.1.1.3. Unter Banken

Die Beziehungen zwischen den Banken sind im Goldhandel vielfältig ineinander verflochten. Oft treten einzelne Institute gegenüber den anderen sowohl in der Rolle des Aufbewahrers wie auch in derjenigen des Deponenten auf. Beide Banken kennen eigene Konditionen über die Sammelverwahrung von Edelmetall, die oft noch unterschiedlich formuliert sind. Es stellt sich die Frage, nach welchem Reglement sich die Rechtsbeziehungen in dieser Konstellation richten.

Für jeden Geschäftsabschluss gelten die Konditionen derjenigen Bank, die die vertragstypische Leistung erbringt ¹⁵⁾, also diejenigen des Verwahrers, und nicht die des Deponenten, d.h. des Käufers. Diese Lösung lehnt sich an die Regeln des Internationalen Privatrechtes an. Sie ist insbesondere bei unterschiedlichen Konzepten von Bedeutung und für die Frage, welche Beteiligungen zu welchen Beständen gerechnet werden können ¹⁶⁾.

13) Schönenberger/Jäggi, Art. 1 N 449 und 450; Forstmoser, AGB 14; Bucher 133 und dortige Hinweise; Treyvaud 30; Erb 39; Lanio 32; Nobel 278 mit Hinweis auf BGE 64 II 365; u.a.

14) Forstmoser 14; Schönenberger/Jäggi, Art. 1 N 452; Bucher 133; Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 N 21.

15) Wettenschwiler 12; Lanio 35.

16) Dazu vorn S. 127 ff.

1.1.2. Gegenüber bisherigen Kunden bei Konzeptänderungen

1.1.2.1. Zustimmung

Ändert die Bank ihre Organisation in dem Sinn, dass sie den Inhabern gewöhnlicher Metallkonti neu Miteigentum verschaffen möchte, d.h. führt sie an Stelle der Metallkonti die Sammelkonti ein, muss der Kunde dieser grundlegenden Vertragsänderung zustimmen¹⁷⁾. Dies braucht wohl nicht näher begründet zu werden.

Weiter stellt sich die Frage, ob bei der Einführung des einheitlichen Konzeptes¹⁸⁾ die Zustimmung bisheriger Kunden zur Neuordnung erforderlich ist. Zwar werden dem Sammelkontoinhaber beim Bezug genau die gleichen Barren oder Plättchen geliefert wie in herkömmlicher Sammelverwahrung¹⁹⁾. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass sich das Substrat des Eigentumsrechts des Kunden ändert. In herkömmlicher Sammelverwahrung ist er Miteigentümer nur einer einzelnen Barren- oder Plättchenart. Zum neuen Sammelbestand gehören nun die verschiedensten Sorten²⁰⁾. An allen diesen anderen Arten muss auch ein bisheriger Kunde, wie jeder neue Deponent, aufgrund eines Miteigentumsbegründungsvertrages eine Berechtigung erwerben.

Für diese Zustimmung des Kunden gilt im einzelnen, was vorne^{20a)} für die Erklärung eines neuen Kunden gesagt worden ist.

17) Schönenberger/Jäggi, Art. 1 N 446, 513; Forstmoser, AGB 17; Erb 41. Daran ändern auch AGB-Klauseln grundsätzlich nichts, in denen sich die Bank deren jederzeitige Abänderung vorbehält.

18) Dazu vorn S. 131 ff.

19) Dazu vorn S. 132; zur Handhabung bei den Münzen vgl. vorn S. 133.

20) Dazu vorn S. 145 ff.

20a) Vorn S. 190 f.

1.1.2.2. Schweigen

Es gilt hier zu erwägen, welches die Folgen sind, wenn ein Kunde auf das Schreiben nicht antwortet, das ihn um Zustimmung zur Mit-eigentumsbegründung oder zum einheitlichen Konzept bittet. Dieses Problem stellt sich immer, wenn eine Bank Teile ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen ändert.

Bei Einführung der herkömmlichen Sammelverwahrung wurde in der Praxis wie folgt vorgegangen: Ein Teil der Banken setzte eine Frist, innerhalb der der Kunde gegen die Sammelverwahrung seiner Barren Widerspruch erheben konnte, andernfalls die Zustimmung fingiert und das Edelmetall in den Sammelbestand eingefügt wurde. Das gleiche Vorgehen fand auch gegenüber Kunden mit banklagernder Korrespondenz Anwendung. Andere Institute schlossen aus dem Schweigen des Kunden darauf, er lehne die Sammelverwahrung ab und behielten mangels Einwilligung sein Gold in Einzelverwahrung. Wenige Banken führten die Sammelverwahrung für Edelmetall ein, das von einem bestimmten Stichtag an verkauft wurde.

Grundsätzlich bedeutet Schweigen auf eine Offerte deren Ablehnung²¹⁾. Daran ändert auch eine in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Klausel nichts, die aus dem Schweigen des Kunden sein Einverständnis ableitet²²⁾. "Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird"; Art. 6 OR. Es gilt

21) Gauch/Schluiep/Jäggi N 244; Bucher 115. Dogmatisch genauer bedeutet Schweigen an sich weder Akzept noch Ablehnung. Vielmehr erlischt die bindende Wirkung der Offerte gem. Art. 5 Abs. 1 OR, dazu auch Schläpfer 23 f.

22) Sie kann nur eine Rechtslage wiedergeben, die von ihr unabhängig besteht.

nun zu prüfen, ob der vorliegende Sachverhalt einer von der Doktrin zu Art. 6 OR gebildeten Fallgruppe unterstellt werden kann. Gegebenenfalls wäre der Kunde gehalten zu widersprechen ²³⁾.

Vorauszuschicken ist, dass die Annahme durch Schweigen überhaupt nur dann möglich ist, wenn der Antrag - er besteht hier einerseits aus den neuen Konditionen, andererseits aus dem Schreiben, mit dem die Kunden über die Reglementsänderung orientiert werden (dazu nachfolgend 1.1.2.3.) -, die angestrebte Rechtslage mit völliger Klarheit zum Ausdruck bringt ²⁴⁾. Eine unklar formulierte oder unvollständige Offerte kann nicht durch Stillschweigen akzeptiert werden. Dies gilt auch für die äussere Ausgestaltung. So sollen im Informationsschreiben die wesentlichen Punkte der Neuerung mit Fettdruck hervorgehoben werden.

In keinem der eingangs erwähnten Fälle - weder bei Einführung der kontomässigen Sammelverwahrung, noch des einheitlichen Konzeptes - liegt ein rein vorteilhaftes Geschäft vor, bei dem das Schweigen Annahme bedeuten kann ²⁵⁾. Bei der Umwandlung des obligatorischen in einen dinglichen Anspruch trägt der Kontoinhaber neu die Gefahr eines zufälligen Untergangs oder einer unverschuldeten Beschädigung des Edelmetalles ²⁶⁾. Auch bei der Einführung des einheitlichen Konzeptes vergrössert sich das Risiko für den einzelnen Kunden ²⁷⁾. Ebenso wenig kann die Pflicht des Kunden zum Widerspruch aus den Grundsätzen zur Bedeutung des Schweigens auf ein Bestätigungsschrei-

23) Ausser Betracht fallen selbstverständlich die im Gesetz geregelten Fälle des Art. 395 OR und der Art. 519 und 832 ZGB.

24) Dazu hinten S. 200 ff.

25) von Tuhr/Peter 189; Bucher 116 lit. bb; Schläpfer 30.

26) Vorn S. 66.

27) Vorn S. 64.

ben im kaufmännischen Verkehr übernommen werden ²⁸⁾, da einerseits noch keinerlei Verhandlungen über die Vertragsänderung stattgefunden haben, andererseits nicht alle Kunden Kaufleute oder sonst geschäftsgewandt ²⁹⁾ sind. Hingegen muss man in Betracht ziehen, dass zwischen Bank und Kunde bereits ein Vertrag besteht, sei dies ein Kauf auf Abruf bei den Metallkonti ³⁰⁾, sei es ein Sammeldepotvertrag ³¹⁾. Das dem ganzen Bankgeschäft innewohnende Vertrauen ³²⁾ zwischen Bank und Kunde prägt auch dieses Verhältnis. Der Kunde ist deshalb nach Treu und Glauben verpflichtet, der Bank mitzuteilen, wenn er mit dem neuen Reglement nicht einverstanden ist ³³⁾. Es ist der Bank jedoch zu empfehlen, diese Folgerung nur zu ziehen, wenn der entsprechende Brief dem Kunden unzweifelhaft zugegangen ist, trägt sie doch das Risiko des Nichteintreffens ³⁴⁾.

Zu erwähnen sind noch zwei Punkte: Wesentlich ist einmal eine einfache Ausformung der Modalitäten, die der Kunde bei Zurückweisung des Vertragsangebotes zu beachten hat. Ein blosses, den Antrag ohne Begründung ablehnendes Schreiben muss genügen. Dann soll die Frist grosszügig angesetzt werden, während der der Kunde die Offerte ablehnen kann. Angemessen scheint mir ein Zeitraum von zwei Monaten; die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in anderem Zusammenhang statuierte Frist von drei oder vier Wochen ist nicht ausreichend.

28) Oftinger, Bundesgerichtspraxis 14 ff.; von Tuhr/Peter 189; Guhl/Merz/Kummer 115.

29) Oftinger, Bundesgerichtspraxis 17.

30) Dazu vorn S. 28 ff.

31) Dazu vorn S. 62 f.

32) Engel 10; Zimmermann 9; Rusca, WR 1957 211.

33) Vgl. dazu: von Büren, OR allg. Teil 136; von Tuhr/Peter 189; Bucher 116 lit. cc; Guhl/Merz/Kummer 116; ähnlich auch Treyvaud 32 f. und ohne Begründung, aber im Resultat gleich: Jenny 52.

34) Es empfiehlt sich eine zweimalige Aufforderung.

Diese Ausführungen gelten auch, wenn der Kunde auf die Zustellung der Korrespondenz verzichtet und sich damit einverstanden erklärt, dass die Bank alle Schreiben bei sich aufbewahrt. Es darf davon ausgegangen werden, dass der Deponent die Fiktion seiner Zustimmung billigt. Banklagernde Korrespondenz bedeutet an sich schon ein Risiko.

1.1.2.3. Informationspflicht der Bank

Umstritten ist, ob die Bank bisherige Kunden bei einer Konzeptänderung in einem gesonderten Schreiben auf die Konsequenzen dieser Massnahmen hinzuweisen habe oder ob die Zusendung der klar formulierten neuen Konditionen mit der Bitte um Unterzeichnung genüge (35) (36).

Beim Wechsel von Edelmetall- auf Sammelkonto ist eine solche Belehrung unumgänglich; die beiden Systeme unterscheiden sich grundlegend. Auch bei der Einführung des einheitlichen Konzeptes ist eine separate Erklärung notwendig, da diese Aenderung, wie dargelegt, für den Kunden beachtliche Konsequenzen hat. In beiden Fällen empfiehlt sich eine besondere Information schon deshalb, weil die Konditionen zur kontomässigen Sammelverwahrung zwar detailliert formuliert, aber für den Laien schwer verständlich sind.

Das Schreiben muss die wesentlichen Neuerungen aufzeigen: die vertragliche Grundlage des Miteigentums, die Rechtsstellung der Bank, die Zusammensetzung des Sammelbestandes, die Arten möglicher Buchung, die Zustimmung zur Verwahrung im Ausland.

35) Für die Umwandlung von Einzel- in Sammeldepots: Etter, SJZ 1978 106 r.SP.; Treyvaud 142.

36) In Deutschland muss der Kunde auf wesentliche Aenderungen schriftlich und unter Einräumung einer Kündigungsmöglichkeit hingewiesen werden (Lanio 265).

Unterlässt es die Bank, ihre Kunden auf die Folgen der Konzeptänderung hinzuweisen, kann sich ein einzelner Sammeldepotinhaber unter Umständen darauf berufen, seine Zustimmung sei wegen eines Willensmangels ³⁷⁾ ungültig. Er hat aber darzutun, dass er die Konsequenzen des neuen Systems nicht erkannt habe und in Kenntnis der Sachlage nicht zugestimmt hätte.

1.2. Form und Inhalt

1.2.1. Form

1.2.1.1. Bisherige Handhabung

Bis zum Oktober 1980 kannte lediglich der Schweizerische Bankverein ein ausführliches Reglement für die Sammelverwahrung von Edelmetall, in dem die Rechtsbeziehungen zwischen Bank und Kunde näher umschrieben werden. Die anderen Institute legten diesen Geschäften das gewöhnliche Depotreglement oder die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde ³⁸⁾, die aber nur rudimentäre Ausführungen enthielten ³⁹⁾.

1.2.1.2. Empfehlenswert sind ausführliche Konditionen

Angesichts der Komplexität der Vereinbarungen sind m.E. ausführliche Konditionen sowohl für die herkömmliche als auch für die kontomässige Sammelverwahrung und selbstverständlich auch für das einheitliche Konzept unerlässlich, gibt es doch eine ganze Anzahl vertraglicher Rechtsbeziehungen zu regeln. Auch die Schweizerische Bankiervereinigung rät zur Verwendung eines eingehenden Reglementes.

37) Art. 24 Abs. 2 Ziff. 4 oder Art. 28 Abs. 1 OR.

38) Dazu Egger 112.

39) Vgl. die Auszüge hinten S. 215 ff im Anhang II.

1.2.2. Inhalt

1.2.2.1. Allgemeines und Verhältnis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die Konditionen haben die Aufgabe, den Inhalt der Rechtsbeziehungen zwischen Bank und Kunde wiederzugeben. Angesichts der wirtschaftlichen Ueberlegenheit ⁴⁰⁾ der Bank muss bei der Ausarbeitung besonders darauf geachtet werden, dass beiderseits die schutzwürdigen Interessen abgewogen werden ⁴¹⁾.

Wie erwähnt ⁴²⁾, bildet das entsprechende Reglement einen Bestandteil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ob es äusserlich ein in sich geschlossenes Ganzes darstellt oder in das mit "Allgemeine Geschäftsbedingungen" bezeichnete Formular integriert ist, spielt keine Rolle. Wesentlich ist lediglich, dass die Konditionen, die den Rechtsbeziehungen zwischen der Bank und dem Kunden zugrunde gelegt werden, alle Bestimmungen des Musterreglementes enthalten. Für die in einem separaten Reglement nicht behandelten Fragen gelten dann die Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

1.2.2.2. Konsequenzen der Ungewöhnlichkeitsregel beim Sammelkonto

Von den schweizerischen Banken kannten noch im Oktober 1980 höchstens zwei Institute die kontomässige Sammelverwahrung mit Miteigentumsanspruch, die anderen Banken gewährten bei kontomässiger Aufzeichnung des Umfangs der Berechtigung bloss obligatorische Ansprüche. Trotz der Aenderung dieser Zahlen, die sich aus der Verwendung

40) Staehelin, BJM 1979 2.

41) Rusca, WR 1957 219.

42) Vorn S. 189.

des Musterreglementes der Bankiervereinigung erwarten lässt, darf die dingliche Berechtigung bei gewichtsmässiger Buchung noch immer als ungewöhnlich, zum mindesten aber als ungewohnt bezeichnet werden.

Werden Allgemeine Geschäftsbedingungen global akzeptiert, muss sich der Kunde ungewöhnliche Regeln, d.h. solche, mit denen er nicht zu rechnen hat, nicht entgegenhalten lassen⁴³⁾. Die in der Literatur jeweils angeführten Beispiele beziehen sich durchwegs auf Fälle, in denen der unterzeichnende Partner durch die aussergewöhnliche Klausel benachteiligt wird⁴⁴⁾. Im vorliegenden Fall halten sich Vor- und Nachteile zum obligatorischen Konzept m.E. die Waage⁴⁵⁾. Deshalb ist es an sich nicht notwendig, dass die Klausel, wonach Miteigentum begründet wird, besonders hervorgehoben wird⁴⁶⁾, denn sie bedarf keiner gesonderten Annahme⁴⁷⁾.

2. Konditionen für die einzelnen Konzepte

Vorbemerkung

Die nachfolgenden Zusammenfassungen sollen einen Vergleich zwischen den einzelnen Systemen ermöglichen. Sie erwähnen deshalb lediglich

-
- 43) Schönenberger/Jäggi, Art. 1 N 498 f.; Forstmoser, AGB 20; Bucher 135; Schuler 118 f. u.a.
 - 44) Nach Wettenschwiler 12 dürfen Schutzregeln nicht in ungewöhnlichem Masse wegbedungen werden.
 - 45) Es steht also nicht, wie bei vielen AGB-Klauseln (Forstmoser, AGB 24) die Risikoverschiebung zu Lasten des Kunden im Vordergrund.
 - 46) So für die Umwandlung von Allein- in Miteigentum: Etter, SJZ 1978 105 r.Sp.
 - 47) In diesem Fall würde sie selbst dann gelten, wenn ihr Ungewöhnlichkeitscharakter zugesprochen werden müsste; Bucher 135 und Staehelin, BJM 1979 8.

die wesentlichsten Punkte; für Einzelheiten sei auf die Ausführungen im Text verwiesen. In den Beispielen für entsprechende Konditionen werden all jene Bestimmungen weggelassen, die nicht der Problemstellung dieser Arbeit entspringen.

2.1. Herkömmliche Sammelverwahrung

2.1.1. Zusammenfassung

a) Der Kunde schliesst mit der Bank einen Sammeldepotvertrag ab. Dieser Hinterlegungsvertrag enthält eine Mischklausel, die die ungetrennte Verwahrung der Bestände verschiedener Deponenten erlaubt, und eine Teilungsklausel, die sich mit der Auflösung des Miteigentums befasst, und hat die Verwahrung einer einzelnen Sorte vertretbarer Edelmetalleinheiten bei der Bank oder bei ihren Substituten im In- und, bei ausdrücklicher Zustimmung, im Ausland zum Gegenstand.

b) Das aus der Vermengung resultierende Miteigentum wird vertraglich als labiles Miteigentum ausgestaltet, d.h. der Kunde kann jederzeit, ohne dass es der Zustimmung der anderen Miteigentümer bedarf, seinen Anteil herausverlangen.

Geliefert wird in der entsprechenden Edelmetallsorte.

c) Das Miteigentum erstreckt sich:

- nur auf den Bestand einer einzigen Sorte;
- nur auf Einheitsbarren, Plättchen oder vertretbare Münzen;
- auf Bestände, die im hauseigenen Tresor, im Zollfreilager und in Drittverwahrung in der Schweiz liegen;
- gegebenenfalls auch auf die dingliche Berechtigung an homogenen Beständen der gleichen Sorte bei anderen Banken;
- mit Zustimmung des Kunden grundsätzlich, d.h. je nach der nach

ausländischem Recht bestehenden Berechtigung, auch auf im Ausland verwahrte Bestände.

- d) Kunden, die die Berechtigung nicht von der Bank erworben haben, sind zum Abschluss des Sammeldepotvertrags verpflichtet.

2.1.2. Konditionen (Beispiel Gold)

1. Die Bank nimmt Goldbarren und -münzen, die unter Ziff. 2 aufgeführt sind, ins Sammeldepot.
2. Zur Verwahrung im Sammeldepot eignen sich Barren und Plättchen, die innerhalb einer Sorte die gleiche Feinheit und das gleiche Gewicht aufweisen. Bei Münzen werden nur Stücke vorzüglicher bis sehr schöner Qualität verwendet, die keine numismatischen Besonderheiten aufweisen. Eine Liste der entsprechenden Werte befindet sich auf der Rückseite dieses Formulars; die Bank behält sich ihre Aenderung jederzeit vor.
3. Die Barren und Münzen eines Kunden werden nicht von denen anderer Kunden und der Bank getrennt verwahrt.

Dem Kunden steht aufgrund dieser Vermengung ein Miteigentumsrecht an den Stücken der gleichen Sorte zu.

Seine Quote berechnet sich nach dem Verhältnis seines Depotbestandes zur Gesamtmenge der entsprechenden Sorte.

4. Die Verwahrung erfolgt in der Schweiz und im Ausland, in eigenen Tresoren und bei Dritten.
5. Dem Kunden steht das Recht zu, unter Benachrichtigung der Bank seinen Anteil auf einen Dritten zu übertragen.

Der Erwerber ist verpflichtet, mit der Bank einen Sammeldepotvertrag abzuschliessen.

6. Der Kunde ist berechtigt, jederzeit die Ausscheidung und Auslieferung der seinem Miteigentumsanteil entsprechenden Anzahl Barren oder Münzen zu verlangen.
7. Die Auslieferung erfolgt bei der betreffenden Niederlassung oder auf Wunsch des Kunden und unter Uebernahme des besonderen Risikos an einem anderen Ort.

Aus technisch-administrativen Gründen sind Bezüge zwei Werktage im voraus der Bank zu avisieren.

2.2. Kontomässige Sammelverwahrung

2.2.1. Zusammenfassung

- a) Der Kunde schliesst mit der Bank - als Vertragspartner und in ihrer Eigenschaft als Vertreterin aller anderen Deponenten - einen Sammelkontovertrag ab, dessen wesentlichste Elemente die Begründung von Miteigentum, dessen Ausgestaltung, die Teilung der im Miteigentum stehenden Edelmetallbestände und deren Hinterlegung bei der Bank oder bei ihren Substituten im In- und, bei ausdrücklicher Zustimmung, im Ausland sind.
- b) Das so begründete Miteigentum ist labiles Miteigentum, d.h. der Kunde kann jederzeit, ohne dass es einer Zustimmung der anderen Miteigentümer bedarf, seinen Anteil herausverlangen.

Geliefert werden grundsätzlich Standardbarren; je nach vertraglicher Vereinbarung ist auch die Lieferung anderer Einheiten bloss zulässig oder sogar geschuldet.

- c) Das Miteigentum erstreckt sich:

- auf einen heterogenen Sammelbestand;
 - auf Körner, Münzen mit entsprechendem minimalem Feingehalt, Plättchen und alle Arten von Barren;
 - auf Bestände, die im hauseigenen Tresor, im Zollfreilager und in Drittverwahrung in der Schweiz liegen;
 - gegebenenfalls auch auf die dingliche Berechtigung an homogenen und heterogenen Beständen bei anderen Banken;
 - mit Zustimmung des Kunden grundsätzlich, d.h. je nach der nach ausländischem Recht bestehenden Berechtigung, auch auf im Ausland verwahrte Bestände.
- d) Kunden, die die Berechtigung nicht von der Bank erworben haben, sind zum Abschluss des Sammelkontovertrages verpflichtet.

2.2.2. Konditionen (Beispiel Gold)

1. Die bisherigen und neuen Inhaber von Sammelkonti sind Miteigentümer des gesamten Depotbestandes.
2. Die Bank hält für sie mindestens die ihren Guthaben entsprechende Quantität an Gold der Mindestfeinheit 995/1000 in verschiedenen Barrenformen bei sich und auswärts (in der Schweiz und im Ausland) unter eigenem Namen im Depot.
3. Die Bank ist befugt, die Rechte der Sammelkonti-Inhaber gegeneinander und gegenüber Dritten wahrzunehmen und verpflichtet sich, den Depotbestand zu verwalten.
4. Die Buchungen auf das Konto, das der Aufzeichnung des Depotbestandes dient, erfolgen in Feingewicht.

Der Anteil des einzelnen Kontoinhabers richtet sich nach dem Verhältnis seines Kontostandes zum gesamten Depotbestand.

5. Dem Kunden steht das Recht zu, unter Benachrichtigung der Bank seinen Anteil auf jeden beliebigen Dritten zu übertragen.

Der Erwerber ist verpflichtet, mit der Bank einen Sammelkontovertrag abzuschliessen und kann seine Berechtigung vorher nicht weiterübertragen.

6. Der Kunde ist berechtigt, jederzeit die Ausscheidung und Auslieferung des seinem Miteigentumsanteil entsprechenden Goldes zu verlangen.
7. Die Lieferung erfolgt grundsätzlich in grossen, international als gute Lieferung anerkannten Barren bei der betreffenden Geschäftsstelle oder auf Wunsch des Sammelkonto-Inhabers und unter Uebernahme des besonderen Risikos an einem anderen Ort.

Dem Sammelkonto-Inhaber steht das Recht zu, die Aushändigung kleinerer Einheiten zu verlangen; desgleichen ist die Bank berechtigt, diese Sorten zu liefern. In beiden Fällen gehen die entsprechenden Fabrikationszuschläge zu Lasten des Kunden.

Aus technisch-administrativen Gründen sind Bezüge zwei Werktage im voraus der Bank zu avisieren.

2.3. Einheitliches Konzept

Vorbemerkung

In Anlehnung an die Formulierung des Musterreglementes der Schweizerischen Bankiervereinigung wird diese Verwahrungsart im folgenden - nicht aber an allen andern Stellen dieser Arbeit - auch Sammeldepot genannt und der ihr zugrunde liegende Vertrag Sammeldepotvertrag.

2.3.1. Zusammenfassung

- a) Der Kunde schliesst mit der Bank - als Vertragspartner und in ihrer Eigenschaft als Vertreterin aller anderen Deponenten - einen Sammeldepotvertrag ab, dessen wesentlichste Elemente die Begründung von Miteigentum, dessen Ausgestaltung, die Teilung der im Miteigentum stehenden Edelmetallbestände und deren Hinterlegung bei der Bank oder bei ihren Substituten im In- und, bei ausdrücklicher Zustimmung, im Ausland sind.
- b) Das so begründete Miteigentum ist labiles Miteigentum, d.h. der Kunde kann jederzeit, ohne dass es einer Zustimmung der anderen Miteigentümer bedarf, seinen Anteil herausverlangen.

Geliefert werden grundsätzlich bei anzahlmässiger Verbuchung die entsprechende Edelmetallsorte, bei Verbuchung in Feingewicht Standardbarren. Doch ist je nach Vereinbarung auch die Lieferung anderer Einheiten zulässig oder gar geschuldet.

- c) Das Miteigentum erstreckt sich:
- auf einen heterogenen Sammelbestand;
 - auf Körner, Münzen mit entsprechendem minimalem Feingehalt, Plättchen und alle Arten von Barren;
 - auf Bestände, die im hauseigenen Tresor, im Zollfreilager und in Drittverwahrung in der Schweiz liegen;
 - gegebenenfalls auch auf die dingliche Berechtigung an homogenen und heterogenen Beständen bei anderen Banken;
 - mit Zustimmung des Kunden grundsätzlich, d.h. je nach der nach ausländischem Recht bestehenden Berechtigung, auch auf im Ausland verwahrte Bestände.
- d) Kunden, die die Berechtigung nicht von der Bank erworben haben, sind zum Abschluss des Sammelkontovertrages verpflichtet.

- e) Münzen, die den minimalen Feingehalt nicht aufweisen, müssen in herkömmlicher Weise verwahrt werden.

2.3.2. Konditionen (Beispiel Gold)

1. Die bisherigen und neuen Inhaber von Golddepots sind Miteigentümer des gesamten Depotbestandes.
2. Die Bank hält für sie mindestens die den Depotbuchungen entsprechende Quantität an Gold der Mindestfeinheit 995/1000 in Form verschiedener Barren und Plättchen bei sich und auswärts (in der Schweiz und im Ausland) unter eigenem Namen im Depot.
3. Sie ist befugt, die Rechte der Deponenten gegeneinander und gegenüber Dritten wahrzunehmen und verpflichtet sich, den Depotbestand zu verwalten.
4. Die Buchungen auf das Konto, das der Aufzeichnung des Depotbestandes dient, erfolgen entweder in einer Anzahl vertretbarer Einheiten (Plättchen und Barren bis 1 kg) oder in Feingewicht.

Der Anteil des einzelnen Depotinhabers richtet sich in jedem Fall nach dem Verhältnis des Feingewichts seines Kontostandes zum Gesamtdepot.

5. Dem Kunden steht das Recht zu, unter Benachrichtigung der Bank seinen Anteil auf jeden beliebigen Dritten zu übertragen.

Der Erwerber ist verpflichtet, mit der Bank einen Sammelkontovertrag abzuschliessen und kann seine Berechtigung vorher nicht weiterübertragen.

6. Der Kunde ist berechtigt, jederzeit die Ausscheidung und Auslieferung der seinem Miteigentumsanteil entsprechenden Menge Gold zu verlangen.

7. Die Lieferung erfolgt bei anzahlmässiger Verbuchung in den entsprechenden Einheiten, bei Verbuchung in Feingewicht in grossen, international als gute Lieferung anerkannten Barren bei der betreffenden Geschäftsstelle oder auf Wunsch des Depotinhabers und unter Uebernahme des besonderen Risikos an einem anderen Ort.

Dem Depotinhaber steht das Recht zu, auch bei gewichtsmässiger Buchung die Aushändigung kleinerer Einheiten zu verlangen; desgleichen ist die Bank berechtigt, solche zu liefern. In beiden Fällen gehen die entsprechenden Fabrikationszuschläge zu Lasten des Kunden.

Aus technisch-administrativen Gründen sind Bezüge zwei Werktage im voraus der Bank zu avisieren.

8. Für Münzen gelten separate Konditionen.

ANHANG I

S. 43-47 aus dem Auszug des Kapitels 7 der Instruktionen des Zentralamtes für Edelmetallkontrolle vom 1.7.1970 betreffend die Anwendung der Edelmetallgesetzgebung.

Liste des offices ou maisons dont les poinçons d'essayeur et de fondeur sont reconnus sur le plan international ("Good delivery bars")

Liste der schweizerischen und ausländischen Stellen und Geschäfte, von welchen die Schmelzer-Prüferzeichen international anerkannt sind ("Good delivery bars")

A. Suisse - Schweiz

Bureau central du contrôle des métaux précieux, Berne
Zentralamt für Edelmetallkontrolle, Bern (essayeur - Prüfer)
Monnaie fédérale, Bern
Eidg. Münzstätte, Bern (fondeur - Schmelzer)
Argor SA, Chiasso
Métaux précieux SA, Neuchâtel
Société de Banque Suisse, Bâle
Usine Genevoise de Dégrossissage d'Or, Genève
Valcambi SA, Balerna

B. Etrangers - Ausländische

a) pour les lingots d'or - Für Goldbarren

Afrique du Sud - Südafrika

Rand Refinery Limited
South African Mint

Allemagne - Deutschland

W.C. Heraeus GmbH, Hanau
Deutsche Gold und Silber-Scheideanstalt, Vormalis Roessler
(dès/seit 1953)
Norddeutsche Affinerie (N.A.) (dès/seit 1953)

Australie - Australien

Australian Branches of the Royal Mint, London
Matthey Garrett Pty. Limited, Sydney
Engelhard Industries Pty. Ltd., Thomastown, Victoria
Garrett, Davidson & Matthey Pty. Limited, Sydney

Belgique - Belgien

Métallurgie Hoboken, S.A.
Johnson, Matthey & Pauwels, S.A., Brussels

Canada - Kanada

Royal Canadian Mint
Canadian Copper Refiners Ltd., Montreal
Engelhard Industries of Canada Ltd., Toronto
Johnson Matthey & Mallory Limited, Toronto

Chine - China

Refinery of China, Peking

Etats-Unis d'Amérique - Vereinigte Staaten von Amerika

United States Assay Offices & Mints
United States Metals Refining Company, Carteret, New Jersey
American Smelting & Refining Company, Perth Amboy, New Jersey

France - Frankreich

Caplain-Saint-André
Compagnie des Métaux Précieux
Comptoir Lyon-Alemand, Louyot & Cie.
Laboratoires Boudet & Dussaix
Etablissements Leon Martin
Administration des Monnaies & Médailles (fondeur - Schmelzer)
Jean Boudet
Les Fils de Paul Dubois, or Robert Dubois
Comptoir Lyon-Alemand et Marret, Bonnin, Lebel et Guieu réunis
Les Anciens Etablissements Léon Martin
Comptoir Lyon-Alemand (fondeur - Schmelzer)
Marret, Bonnin, Lebel et Guieu (fondeur - Schmelzer)
French Mint (Monnaie de Paris) (fondeur - Schmelzer)

Grande-Bretagne - Grossbritannien

Johnson Matthey Chemicals Limited
Sheffield Smelting Co., Ltd.
Engelhard Industries Ltd., England
Daniel C. Griffith & Co., Ltd. (essayeur - Prüfer)
Bank of England
Royal Mint, London
N.M. Rothschild & Sons
Johnson, Matthey & Co., Limited
Johnson & Sons' Smelting Works Limited
H.L. Raphael's Refinery
F. Claudet Ltd. (essayeur - Prüfer)
Johnson & Sons, Assayers, Ltd. (essayeur - Prüfer)

Italie - Italien

Metalli Preziosi, S.p.A., Milan

Pays-Bas - Niederlande

Schöne's Essaieer-Inrichting en Handel in Edele Metalen N.V.
H. Drijfhout & Zoon's Edelmetaalbedrijven N.V.
Dutch Mint (Rijks Munt)

Suède - Schweden

Swedish Mint (Kongl Myntet)

Union Soviétique (URSS) - Sowjetunion (UdSSR)

State Refinery, Moscow
All Union Gold Factory

b) pour les lingots d'argent - Für Silberbarren

Afrique du sud - Südafrika

Rand Refinery Ltd.
Tsumeb Corporation Ltd.

Allemagne de l'Ouest - Westdeutschland

Deutsche Gold- und Silber-Scheideanstalt Vormal's Roessler
(Degussa)
Norddeutsche Affinerie, Hamburg

Allemagne de l'Est - Ostdeutschland

Mansfeld A.G. für Bergbau & Hüttenbetrieb

Australie - Australien

Broken Hill Associated Smelters Pty. Ltd.
Electrolytic Refining and Smelting Company of Australia Ltd.
The Perth Mint

Belgique - Belgien

Johnson Matthey & Pauwels S.A.
Métallurgie Hoboken-Overpelt N.V.
(Société Générale Métallurgique de Hoboken S.A.)

Birmanie - Burma

Myanma Export & Import Corp.

Canada - Kanada

Canadian Copper Refiners Limited
Deloro Smelting & Refining Company Ltd.
International Nickel Company of Canada Ltd.
Kam-Kotia Mines Ltd., Cobalt Refinery
National Metal Co.
Trail Mining Co. (Consolidated Mining & Smelting Co.)

Chine - China

China National Metals & Minerals Import & Export Corp.

Espagne - Spanien

Sociedad Espanola de Metales Preciosos S.A.
Société Minière et Métallurgique de Penarroya

Etats-Unis d'Amérique - Vereinigte Staaten von Amerika

American Metal Climax Inc.
American Smelting & Refining Co.
American Smelting & Refining Co.
American Smelting & Refining Co.
Balbach Melting & Refining Co.
Baltimore Electric Refinery Co.

Bunker Hill Company
Engelhard Industries, Newark, N.J.
Handy & Harman
Irvington Smelting & Refining Works
Kennecott Copper Corp., Utah
Raritan Copper Works
U.S. Assay Offices, N.Y. & San Francisco
United Metals Smelters Co.
U.S. Smelting, Refining & Mining Co.

France - Frankreich

Compagnie des Métaux Précieux S.A.
Comptoir Lyon-Alemand Louyot & Cie
Etabl. Marret, Bonin, Lebel & Guieu

Grande-Bretagne - Grossbritannien

Britannia Lead Co. Ltd.
Johnson Matthey & Company Ltd.
Johnson Matthey Chemicals Ltd.
Johnson & Sons Smelting Works Ltd.
N.M. Rothschild & Sons Limited
The Sheffield Smelting Co. Ltd.
Engelhard Industries Ltd.

Italie - Italien

Mario Villa S.R.L.
Metalli Preziosi S.p.A.

Japon - Japan

Dowa Mining Company Ltd.
Fujita Mining Co.
Furukawa Mining Company Ltd.
Imperial Mint, Osaka
Ishifuku Metal Industry (or "& Co.")
Mitsubishi Metal Mining Company Ltd.
Mitsui Mining & Smelting Company Ltd.
Sumitomo Metal Mining Co. Ltd.
Tanaka Kikinzoku Kogyo K.K.
Toho Aen Mining Co.

Mexique - Mexiko

Asarco Mexicana S.A.
Compania de Real del Monte y Pachuca
Metalurgica Mexicana Penoles S.A.
Cia Minera de Penoles S.A.
Cia Metalurgica Penoles S.A.
Sociedad Afinadora Mexicana

Norvège - Norwegen

K.A. Rasmussen A/S Hamar

Nouvelle-Zélande - Neuseeland

Waihi Gold Mining Co. Ltd.

Pays-Bas - Niederlande

Schoenes Edelmetaal N.V.

Pérou - Peru

Cerro de Pasco Corporation

Suède - Schweden

Boliden Aktiebolag

Tchécoslovaquie - Tschechoslowakei

Czechoslovakian State Silver Production

Union Soviétique (URSS) - Sowjetunion (UdSSR)

State Refinery

Jougoslavie - Jugoslawien

Trepca Mines

ANHANG II

Auszüge aus Reglementen für die Sammelverwahrung von Edelmetallen
(Stand 1. Oktober 1980)

1. Schweizerische Bankgesellschaft (Depotreglement, zit. DR SBG)

1. Entgegennahme von Depots.

Die Schweizerische Bankgesellschaft übernimmt:

- a) Wertpapiere aller Art (Aktien, Obligationen, Pfandbriefe, Hypothekartitel usw.), Lose, Versicherungspolice, Dokumente und Edelmetallbarren zur Aufbewahrung und Verwaltung in offenem Depot;

B. Besondere Bestimmungen für offene Depots.

17. Form der Aufbewahrung

Die Bank verwahrt die dem Kunden im offenen Depot zustehenden Werte mit der gleichen Sorgfalt wie ihre eigenen.

Der Kunde erklärt sich damit einverstanden, dass die Bank einzelne Titelsorten oder Edelmetallbarren in das eigene Sammeldepot nimmt oder einer Sammeldepot-Zentralstelle zur Verwahrung übergibt. Dem Kunden steht am jeweiligen Bestand des Sammeldepots Miteigentum im Verhältnis der von ihm hinterlegten Wertschriften oder Edelmetallbarren der betreffenden Barrengrösse und Feinheit zu.

18. Depots im Ausland

Vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen lässt die Bank Wertpapiere oder Edelmetallbarren, die im Ausland aufbewahrt werden, bei einem Korrespondenten oder einer Sammeldepot-Zentralstelle ihrer Wahl auf ihren Namen, jedoch auf Rechnung und Gefahr des Kunden in der dort üblichen Weise verwahren und verwalten.

2. Schweizerischer Bankverein

Reglement für die Verwahrung von Edelmetallen und Münzen
(zit. Regl SBV)

1. Sammelverwahrung

- 1.1. Sofern der Kunde nicht ausdrücklich andere Weisungen erteilt, werden von ihm zur Aufbewahrung eingelieferte oder für ihn gekaufte Edelmetalle in den handelsüblichen Qualitäten und Formen (z.B. Barren, Plättchen, Körner) und handelsübliche Goldmünzen (Massenstücke) gattungsmässig in Sammeldepots bei der Bank oder auch auswärts verwahrt, ungetrennt von den Beständen anderer Kunden und von eigenen Beständen der gleichen Gattung. Dem Kunden steht ein sachlicher Miteigentumsanteil im Verhältnis seines Bestandes zum Sammelverwahrungsbestand zu.

Der Bestand wird durch Buchungen auf "Metallkonto" gewichtsmässig (Gold: Feingewicht; übrige Edelmetalle: Bruttogewicht) resp. anzahlmässig ausgewiesen und im jährlichen Depotauszug aufgeführt und bewertet.

Sofern der Kunde die Lagerung oder Lieferung im Ausland verlangt, trägt er dafür die volle Verantwortung. In solchen Fällen wird der Lagerort auf der Abrechnung angegeben.

Die Bank erhebt eine Aufbewahrungsgebühr, deren Ansatz dem Kunden separat bekanntgegeben wird.

- 1.2. Der Kunde kann über seine Bestände am Orte der tatsächlichen Lagerung verfügen. Grössere Bezüge sind der Bank aus technisch-administrativen Gründen 2 Werktage im voraus zu avisieren, um eine rechtzeitige Bereitstellung zu ermöglichen.

Allfällige Kosten und Steuern im Zusammenhang mit der Auslieferung sowie die Kosten für die Auslieferung an einem anderen Ort (sofern nach den massgebenden Vorschriften zulässig) werden dem Kunden belastet.

- 1.3. Im Falle der Auslieferung von Metallen werden allfällige Gewichts- oder Feinheitendifferenzen gegenüber dem verbuchten Bestand zum dann gültigen Tageskurs abgerechnet.

2. Einzelverwahrung

Edelmetalle in nicht handelsüblicher Form und Münzen mit numismatischem Wert werden in getrennte Einzelverwahrung genommen. Handelsübliche Münzen und Barren werden hingegen nur ausnahmsweise, auf ausdrückliche Weisung des Kunden, in getrennte Einzelverwahrung genommen.

Im letztgenannten Fall wird eine zusätzliche Gebühr erhoben.

3. Schweizerische Kreditanstalt (Depotreglement, zit. DR SKA)

§ 1 Depots

Die Schweizerische Kreditanstalt übernimmt:

a) zur Aufbewahrung in offenem Depot:

Wertpapiere aller Art (Aktien, Obligationen, Rententitel, Lose, Hypothekartitel usw.) sowie Edelmetalle (Gold, Silber usw.);

B. Besondere Bestimmungen für offene Depots

§ 9 Depots in der Schweiz

Die übergebenen Werte werden nach Sorten und für jeden Deponenten gesondert sowie von den eigenen Beständen der Bank getrennt aufbewahrt. Der Deponent erhält beim Rückzug des Depots die eingereichten Stücke wieder ausgehändigt. Die Bank ist berechtigt, deponierte Werte auf Rechnung und Gefahr des Kunden auch auswärts verwahren zu lassen.

Der Deponent ist ausdrücklich damit einverstanden, dass die in seinem Depot liegenden Werte oder ein Teil derselben von der Bank in Sammeldepots (Art. 484 OR) gelegt werden, die entweder bei der Bank selbst, bei Drittbanken oder bei Sammeldepot-Zentralstellen geführt werden. Dabei besteht am Sammeldepot ein Miteigentumsrecht im Verhältnis der vom einzelnen Deponenten hinterlegten Werte zum jeweiligen Gesamtbestand.

§ 10 Depots im Ausland

Vorbehältlich anderweitiger Vereinbarung lässt die Bank Werte, die im Ausland aufbewahrt werden, bei einem Korrespondenten auf ihren Namen, jedoch auf Rechnung und Risiko des Kunden in der dort üblichen Weise verwahren und verwalten.

4. Schweizerische Volksbank (Depotreglement, zit. DR SVB)

1. Grundsätzliches

Die Schweizerische Volksbank übernimmt zu den tarifmässigen Gebühren Wertpapiere und andere Wertgegenstände offen oder verschlossen zur Aufbewahrung.

Die Bank ist berechtigt, Wertschriften auf Rechnung und Gefahr des Kunden auswärts verwahren zu lassen. Sofern der Kunde nicht ausdrücklich die getrennte Verwahrung seiner Titel (unter Uebernahme der Mehrkosten) vorschreibt, ist die Bank ermäch-

tigt, die Titel bloss gattungsmässig zu verwahren, einem Dritten zur Verwahrung zu übergeben oder sie bei einer Sammeldepot-Zentrale verwahren zu lassen. Dem Kunden steht ein Miteigentumsrecht im Verhältnis der von ihm deponierten Titel zu, sofern das Sammeldepot in der Schweiz liegt. Bei Verwahrung im Ausland unterliegen die Titel den Gesetzen und Usanzen am Ort der Verwahrung. Vorbehalten bleiben auf den Namen des Kunden lautende Titel sowie Werte, die aus anderen Gründen getrennt verwahrt werden müssen.

5. Bank Leu AG (Depotreglement, zit. DR Leu)

1. Aufbewahrung

Die Bank verpflichtet sich, die ihr übergebenen Wertpapiere und Gegenstände an einem sicheren Ort mit der gleichen Sorgfalt aufzubewahren wie die eigenen.

Der Hinterleger erklärt sich damit einverstanden, dass seine Wertpapiere und Edelmetalle von der Bank in einem Sammeldepot verwahrt oder einer Sammeldepot-Zentralstelle zur Verwahrung übergeben werden. Vorbehalten bleiben auf den Namen des Kunden lautende Titel sowie Werte, die aus anderen Gründen getrennt verwahrt werden müssen.

Vorbehältlich anderweitiger Vereinbarungen lässt die Bank Wertpapiere, die im Ausland aufbewahrt werden, auf ihren Namen, jedoch auf Rechnung und Gefahr des Kunden, bei einer ausländischen Bank oder einer in Bankkreisen anerkannten Institution, die sich mit der Aufbewahrung von Wertpapieren befasst, verwahren und verwalten.

Am Bestand der in der Schweiz liegenden Sammeldepots steht dem Hinterleger ein Miteigentumsrecht im Verhältnis der von ihm deponierten Werte zu.

Bei Verwahrung im Ausland unterliegen die Titel den Gesetzen und Usanzen am Ort der Verwahrung.

6. Bank Rothschild AG (Depotreglement, zit. DR Rothschild)

1. Entgegennahme von Depots

Die Bank übernimmt Wertpapiere und andere Gegenstände zur Aufbewahrung

a) in offenem Depot

10. Auswärtige Verwahrung

Die Bank ist berechtigt, an ausländischen Plätzen erworbene oder eingelieferte Wertschriften und Edelmetalle, andere ausdrückliche Instruktion des Deponenten vorbehalten, in ihrem Namen auf Rechnung und Gefahr des Deponenten bei von ihr als gut erachteten ausländischen Korrespondenten nach der dortigen Usanz zu halten. Im übrigen können Wertschriften und Edelmetalle in jedem Fall dort gehalten werden, wo sie üblicherweise gehandelt werden.

11. Vermischte Verwahrung

Wenn der Deponent nicht die getrennte Verwahrung unter Uebernahme der zusätzlichen Kosten vorschreibt, so ist die Bank ausdrücklich ermächtigt, Wertschriften in einem Sammeldepot lediglich gattungsmässig und nicht für jeden Deponenten gesondert, zu verwahren bzw. auswärts verwahren zu lassen, wobei der Deponent als Miteigentümer auf eine entsprechende Anzahl Titel Anspruch hat.

7. A. Sarasin & Cie, Banquiers (Depotreglement, zit. DR Sarasin)

1. Entgegennahme von Depots

Die Bank A. Sarasin & Cie, Banquiers übernimmt:

- a) Wertpapiere aller Art (Aktien, Obligationen, Hypothekartitel usw., Lose, Versicherungspolice, Dokumente) sowie Edelmetalle (Gold, Silber etc.) zur Aufbewahrung und Verwaltung in offenem Depot;

Besondere Bestimmungen für offene Depots

13. Form der Aufbewahrung

Der Hinterleger erklärt sich damit einverstanden, dass seine Wertpapiere und Edelmetalle von der Bank in einem Sammeldepot verwahrt oder einer Sammeldepot-Zentralstelle zur Verwahrung übergeben werden. Vorbehalten bleiben auf den Namen des Kunden lautende Titel sowie Werte, die aus anderen Gründen getrennt verwahrt werden müssen.

Vorbehältlich anderweitiger Vereinbarungen lässt die Bank Wertpapiere, die im Ausland aufbewahrt werden, auf ihren Namen, jedoch auf Rechnung und Gefahr des Kunden, bei einer ausländischen Bank oder einer in Bankkreisen anerkannten Institution, die sich mit der Aufbewahrung von Wertpapieren befasst, verwahren und verwalten.

Am Bestand der in der Schweiz liegenden Sammeldepots steht dem Hinterleger ein Miteigentumsrecht im Verhältnis der von ihm deponierten Werte zu.

Bei Verwahrung im Ausland unterliegen die Titel den Gesetzen und Usanzen am Ort der Verwahrung.

8. J. Vontobel & Co., Banquiers

(Allgemeine Geschäftsbedingungen, zit. AGB Vontobel)

10. Deponierte Vermögenswerte

- a) Die Bank verpflichtet sich, die ihr übergebenen Werte mit Sorgfalt zu verwahren. Der Kunde ist damit einverstanden, dass die ihm zustehenden Wertschriften oder ein Teil derselben auf sein Risiko bei Drittbanken deponiert oder in Sammeldepots gelegt werden, die sich entweder bei der Bank selbst oder bei Sammeldepot-Zentralstellen befinden. Am Bestand des Sammeldepots steht dem Deponenten ein Miteigentumsrecht im Verhältnis der von ihm deponierten Titel zum jeweiligen Gesamtbestand zu.

ANHANG III

Beispiele von Konditionen für gewöhnliche Metallkonti

1. Schweizerische Bankgesellschaft

Gutschrift auf Metallkonto

Allgemeine Bedingungen (zit. ABMK SBG)

- 1) Die Lieferung des auf "Metallkonto" gutgeschriebenen Metalles kann im In- oder Ausland erfolgen. Alle Spesen, die durch den Transport des Metalles von dem in der Gutschrift bezeichneten Ort bis zum Uebergabeort verursacht werden, gehen zu Lasten des Forderungsberechtigten.
- 2) Die Forderung kann jederzeit unter Anzeige an uns an eine Drittperson zediert werden. Der Forderungsberechtigte kann uns das Metall aber auch jederzeit nach Uebereinkunft wieder verkaufen.
- 3) Zur Deckung unserer mit der Gutschrift auf Metallkonto verbundenen Spesen berechnen wir eine Kontogebühr, welche alljährlich zu bezahlen ist.
- 4) Für eine allfällige Differenz zwischen dem gutgeschriebenen und dem effektiv gelieferten Metallgewicht werden wir eine Ergänzungsabrechnung auf der Basis des dann gültigen Preises ausstellen.
- 5) Das Risiko, dass die Lieferung wegen höherer Gewalt nicht oder nicht den Vertragsbedingungen gemäss erfolgen kann, ist vom Forderungsberechtigten zu tragen, ebenso allfällige, den Metallbesitz erfassende Steuern. Für den Fall einer drohenden Gefahr behalten wir uns das Recht vor, die uns im Interesse beider Parteien notwendig scheinenden Massnahmen - wie zum Beispiel die Evakuation des Metalles - zu treffen.
- 6) Im übrigen gelten die Allgemeinen Bestimmungen für den Kontokorrent- und den übrigen Bankverkehr. Bei Rechtsstreitigkeiten sind die schweizerischen Gerichte zuständig.

2. Schweizerische Kreditanstalt

Konditionen für Gold-Claimkonti (zit. KCK SKA)

1. Der Kontoinhaber besitzt in Höhe seines Kontoguthabens den Lieferanspruch auf die entsprechende Goldmenge.

Gutschriften, Belastungen und Lieferungen können nur in Gewichtsbeiträgen von je mindestens 32 Unzen erfolgen.

2. Wird Lieferung gewünscht, verpflichtet sich die Bank, die dem Kontosaldo entsprechende Goldmenge gemäss den jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen an ihrem Hauptsitz in Zürich (Erfüllungsort) auszuhändigen.

Auf Wunsch liefert die Bank das Gold auch an einem anderen Ort aus, vorausgesetzt, dass dies praktisch möglich ist und mit den Gesetzen des betreffenden Bestimmungsortes im Einklang steht. Die Auslieferung an einem anderen Platze als Zürich erfolgt jedoch ausschliesslich auf Kosten und Risiko des Kontoinhabers.

Im Falle eines Notstandes wie Krieg usw. behält sich die Bank das Recht vor, das Gold auf Kosten und Risiko des Klienten an dem Ort und in der Weise zu liefern, wie ihr dies am zweckmässigsten erscheint.

3. Die Bank ist berechtigt, Barren beliebiger Grösse von mindestens 995/1000 Feinheit zu liefern und dabei die zum Zeitpunkt der Lieferung gültigen Fabrikationszuschläge in Rechnung zu stellen.

Grössere Quantitäten sind der Bank zwei Werktage im voraus zu avisieren, um eine rechtzeitige Bereitstellung zu ermöglichen.

Das Feingewicht der gelieferten Barren wird dem Claimkonto belastet. Ein sich dabei zugunsten oder zulasten des Kontoinhabers ergebender Restclaim wird zum Kurs des Zürcher Goldmarktes zum Zeitpunkt der Vertragsausführung abgerechnet.

4. Guthaben auf Claimkonti werden nicht verzinst.
5. Bei Lieferung von Gold in der Schweiz hat der Kontoinhaber die Warenumsatzsteuer zu entrichten.

Alle Steuern, Abgaben usw., die eventuell in Zukunft erhoben werden könnten, gehen ebenfalls zulasten des Klienten.

6. Die Bank belastet für die Führung der Claimkonti:

- eine Kommission von für jedes volle oder angebrochene Jahr, berechnet auf dem höchsten Guthaben. Als Basis für die

Berechnung dient der Kurs des Zürcher Goldmarktes jenes Tages, an dem der Kontoauszug erstellt wird, sowie

- Portoauslagen und andere Spesen.

7. Claimkonti werden ordentlicherweise jeweils im Dezember abgeschlossen.
8. Im übrigen finden die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank Anwendung.

ANHANG IV

Musterreglemente der Schweizerischen Bankiervereinigung

1. Reglement für die Goldsammeldepots (bei Sammelverwahrung)

1. Die Bank hält für die Inhaber von Golddepots im In- und Ausland bei sich und Dritten unter eigenem Namen mindestens die den Golddepots entsprechende Quantität an Gold mit einem minimalen Feingehalt von 995/1000.

Die jeweiligen Inhaber von Golddepots sind Miteigentümer des gesamten Goldsammeldepots; der Anteil des einzelnen Depotinhabers richtet sich nach dem Verhältnis seines Depotbestandes zum gesamten Sammeldepot.

2. Die Bank verwaltet den Depotbestand und nimmt die Rechte der Golddepotinhaber gegeneinander und nach aussen wahr.
3. Die Einbuchungen erfolgen entweder in einer Anzahl vertretbarer Einheiten (z.B. kleine Barren) oder in Feingewicht.
4. Der Golddepotinhaber ist jederzeit berechtigt, die seinem Miteigentumsanteil entsprechende Menge Gold aus dem Depotbestand ausscheiden und sich ausliefern zu lassen.

Die Bank händigt in diesem Falle die dem Golddepotbestand entsprechende Goldmenge gemäss den jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen bei der depotführenden Geschäftsstelle (Erfüllungsort) aus.

Auf Wunsch liefert die Bank das Gold auch an einem anderen Ort aus, vorausgesetzt, dass dies praktisch möglich ist und mit den dort geltenden Gesetzen im Einklang steht. Die Auslieferung an einem anderen Ort erfolgt jedoch ausschliesslich auf Kosten und Risiko des Depotinhabers.

5. Die Lieferung des Goldes erfolgt entsprechend der eingebuchten Anzahl vertretbarer Einheiten.

Bei Einbuchung in Feingewicht ist die Bank berechtigt, Barren beliebiger Grösse von mindestens 995/1000 Feinheit zu liefern und dabei die zum Zeitpunkt der Erstellung der Abrechnung gültigen Fabrikationszuschläge in Rechnung zu stellen. Verbleibende Gewichtsdivergenzen werden nach Ermessen der Bank mit kleineren Einheiten ausgeglichen oder zum Kurs des Zürcher Goldmarktes (bzw. notfalls zum internationalen freien Goldpreis) zum Zeitpunkt der Erstellung der Abrechnung abgerechnet.

In allen Fällen sind grössere Bezüge der Bank Bankwerk-
tage im voraus zu avisieren, um eine rechtzeitige Bereitstel-
lung zu ermöglichen.

Bei einem Notstand, wie Krieg, Transferbeschränkungen usw.,
behält sich die Bank das Recht vor, auf Kosten und Risiko des
Depotinhabers an dem Ort und in der Weise zu liefern, wie ihr
dies am zweckmässigsten erscheint.

6. Kurante Goldmünzen ohne numismatische Besonderheiten zum
Zeitpunkt der Einlieferung (Massenstücke) werden gattungswei-
se in separaten Sammeldepots verwahrt.

Die Lieferung erfolgt in Stücken
..... Qualität. Der Depotinhaber hat keinen Anspruch
auf Lieferung von Münzen eines bestimmten Jahrganges oder
einer bestimmten Prägung.

Im übrigen findet das vorliegende Reglement auf die Münzen-
sammeldepots sinngemäss Anwendung.

7. Alle Steuern, Abgaben usw., auch mögliche zukünftige, gehen
zulasten des Depotinhabers.
8. Im übrigen finden das Depotreglement und die allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen der Bank Anwendung.

Der Kunde bestätigt, von diesen Bestimmungen Kenntnis genommen
zu haben.

.....
(Ort und Datum)

.....
(Unterschrift)

2. Konditionen für Goldkonti

1. Der Kontoinhaber besitzt in Höhe seines Kontoguthabens den
Lieferanspruch auf die entsprechende Goldmenge.

Gutschriften, Belastungen und Lieferungen können nur in Ge-
wichtseinheiten von je mindestens Unzen oder Kilo
erfolgen.

2. Der Kunde kann sich die seinem Kontoguthaben entsprechende
Goldmenge gemäss den jeweils geltenden gesetzlichen Bestim-
mungen bei der kontoführenden Geschäftsstelle (Erfüllungsort)
aushändigen lassen. Mit der Auslieferung erwirbt er Eigentum
am Gold.

Auf Wunsch liefert die Bank das Gold auch an einem anderen
Ort aus, vorausgesetzt, dass dies praktisch möglich ist und

mit den dort geltenden Gesetzen im Einklang steht. Die Auslieferung an einem anderen Ort erfolgt jedoch ausschliesslich auf Kosten und Risiko des Kontoinhabers.

Im Falle eines Notstandes, wie Krieg, Transferbeschränkungen usw., behält sich die Bank das Recht vor, das Gold auf Kosten und Risiko des Klienten an dem Ort und in der Weise zu liefern, wie ihr dies am zweckmässigsten erscheint.

3. Die Bank ist berechtigt, Barren beliebiger Grösse von mindestens 995/1000 Feinheit zu liefern und dabei die zum Zeitpunkt der Lieferung gültigen Fabrikationszuschläge in Rechnung zu stellen.

Grössere Quantitäten sind der Bank Bankwerkstage im voraus zu avisieren, um eine rechtzeitige Bereitstellung zu ermöglichen.

Das Feingewicht der gelieferten Barren wird dem Goldkonto belastet. Ein sich dabei zu Gunsten oder zu Lasten des Kontoinhabers ergebender Restanspruch wird zum Kurs des Zürcher Goldmarktes (bzw. notfalls zum internationalen freien Goldpreis) zum Zeitpunkt der Erstellung der Abrechnung abgerechnet.

4. Guthaben auf Goldkonti werden nicht verzinst.
5. Bei Lieferung von Gold in der Schweiz hat der Kontoinhaber die Konsumsteuer (z.Zt. Wust) zu entrichten.

Auch alle andern Steuern, Abgaben usw., ebenfalls mögliche zukünftige, gehen zu Lasten des Kontoinhabers.

6. Die Bank belastet für die Führung der Goldkonti:
7. Goldkonti werden ordentlicherweise mindestens jährlich abgeschlossen.
8. Im übrigen finden die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank Anwendung.

LITERATURVERZEICHNIS

- ALBISETTI/BODMER/GSELL Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens (3.A., Zürich 1977).
- AUBERT Jean-François Traité de droit constitutionnel suisse (Neuchâtel 1967).
- AUTHENRIETH Fritz Lagergeschäft, SJK 660 (Genève 1942).
- BAERLOCHER René Jacques Hinterlegungsvertrag, SPR VII/1 (Basel 1977) 685 ff.
- BAUMBACH/DUDEN Handelsgesetzbuch (23.A., München 1978).
- BAUMGARTNER Hannes Depot- und Compt-Joint unter besonderer Berücksichtigung des Innenverhältnisses (Diss Basel 1977).
- BAUR Fritz Sachenrecht (10.A., München 1978).
- BECKER Hans Berner Kommentar, Art. 1-183 OR (2.A., Bern 1948); Art. 184-551 OR (Bern 1934).
- BILLMANN Andreas Das Effektensammeldepot (Diss Erlangen 1928).
- BOVERI Ursula Ueber die rechtliche Natur des Investmenttrust und die Rechtsstellung des Zertifikatinhabers (Diss Zürich 1945).
- BRASS Oskar Die Möglichkeiten zur Vereinfachung des Wertschriftenverkehrs unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Effektengiroverkehrs (Diss Bern 1958).
- BRINK Ulrich Rechtsfragen des Depots nach deutschem Recht (Mainz 1972).
- BUCHER Eugen Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (Zürich 1979).
- BURCKHARDT Walther Einführung in die Rechtswissenschaft (2.A., Zürich 1948).
- CANARIS Claus-Wilhelm Bankvertragsrecht (Berlin 1975).

CAVIN Pierre	Kaufvertrag und Tauschvertrag, SPR VII/1 (Basel 1977) 1 ff.
CHRIST Bernhard	Darlehen, SPR VII/2 (Basel 1979) 221 ff.
DÖLLE Hans	Internationales Privatrecht (2.A., Karlsruhe 1972).
EDELMANN Paul	Das gemeinsame Bankdepot (Diss Bern 1925).
EGGER Walter	Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Sammelverwahrung (Bern 1976).
EIGENBROTH Hermann	Der unregelmässige Hinterlegungsver- trag, insbesondere die Rechtsnatur des Sparkassenvertrags (Diss Zürich 1970).
ELLENBERGER Hans	Das offene Bankdepot (Diss Bern 1925).
ERLANGER Karl	Eigentumserwerb beim Effektensammel- depot (Diss Tübingen 1931).
ENGEL Pierre	Quelques problèmes relatifs au contrat de dépôt bancaire, 8ème journée juri- dique, in: Mémoires publiées par la faculté de droit de l'université de Genève (Genève o.D.).
ETTER Ernst	Ubi rem meam invenio, ibi eam vindico, SJZ 1978 101 ff.
FELLMANN Walter	Die obligatorischen und dinglichen Rechtsverhältnisse bei besonderen For- men der handelsrechtlichen Hinterle- gung (Diss Basel 1947; in Maschinen- schrift).
FERID Murad	Das französische Zivilrecht, Bd. I (Frankfurt a.M./Berlin 1971).
FORSTMOSER Peter	AGB und ihre Bedeutung im Bankverkehr (Bern 1976).
VON GAMM Otto Friedrich	RGRK-Kommentar zu den §§ 729 ff. BGB (4.A., Berlin 1978).
GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI	Skriptum zum Schweizerischen Obliga- tionenrecht (Nachdruck, Zürich 1978).
GAUTSCHI Georg	Berner Kommentar, Art. 425-491 OR (2.A., Bern 1962).

- IMBODEN/RHINOW
Verwaltungsrechtsprechung (5.A.,
Basel 1976).
- JENNY Rico
Privatrechtsverhältnisse bei der Ver-
mengung von Wertpapieren im Verwal-
tungsdepot der Bank (Diss Zürich 1969).
- KADERLI Rudolf
Das schweizerische Bankgeschäft
(Thun 1955).
- KELLER/SCHULZE/SCHÜTZ/
SCHAETZLE
Die Rechtsprechung des Bundesgerichts
zum Internationalen Privatrecht, Bd. I
(Zürich 1976), Bd. II (Zürich 1977).
- KIESOW Werner
Rechtsstellung und Aktionärsansprüche
der Sammeldepotbeteiligten (Diss
Erlangen 1927).
- KROHN Günter
RGRK-Kommentar zu den §§ 688 ff. BGB
(12.A., Berlin 1978).
- KÜHNE Wilfried
Der Eigentumserwerb durch Verbindung,
Vermischung und Verarbeitung bewegli-
cher Sachen im schweizerischen Recht
(Diss Berlin 1956).
- LANIO Thomas
Die Auswirkungen der Aenderungen der
ABG der Banken (Diss Konstanz 1978).
- LEEMANN Hans
Berner Kommentar, Art. 641-729 ZGB
(2.A., Bern 1920).
- LEMP Paul
Das Eigentum am Erwerb aus der Kommis-
sionsware, ZSR 1942 323 ff.
- LENT/SCHWAB
Sachenrecht (16.A., München 1977).
- LIVER Peter
Berner Kommentar, Einleitungsband,
Art. 5 (Bern 1962).
- Gutachten an die Schweizerische Ban-
kiervereinigung betreffend das Effek-
ten-Giro-Sammeldepot vom 19. Juni
1963/15. Juli 1969.
- Eigentum, SPR V/1 (Basel 1977) 1 ff.
- Zürcher Kommentar, Art. 730-744 ZGB
(3.A., Zürich 1980).
- LÜTHI Hans
Die wirtschaftliche und rechtliche Be-
deutung des Lagerhalters und die Bedeu-
tung des Lagerscheins (Diss Bern 1943).

- MARK Michael
Chalmers' Sale of goods act (15.A., London 1967).
- MEIER-HAYOZ Arthur
Berner Kommentar, Syst. Teil und Art. 641-654 ZGB (4.A., Bern 1966).

Gesetzlich nicht geregelte Verträge I, SJK 1134 (Genève 1965); II, SJK 1135 (Genève 1954).

Vom Wesen des Eigentums, in: Revolutionen der Technik - Evolutionen des Rechts, Festgabe für Karl Oftinger (Zürich 1969).

Skriptum Einleitungsartikel (3.A., Zürich 1979).
- MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER
Gesellschaftsrecht (3.A., Bern 1978).
- NIEDERER Werner
Einführung in die allgemeinen Lehren des Internationalen Privatrechts (2.A., Zürich 1956).
- NOBEL Peter
Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz (Bern 1979).
- OFTINGER Karl
Zürcher Kommentar, Art. 884-918 ZGB (2.A., Zürich 1952).

Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (2.A., Zürich 1973).
- OPITZ Georg
Fünfzig depotrechtliche Abhandlungen (Berlin 1954):
- Effektengiroverkehr und Sammeldepot 45 ff.
- die Wertschriftensammeldepots in Deutschland 619 ff.
- OSER/SCHÖNENBERGER
Zürcher Kommentar, Art. 184-418 OR (2.A., Zürich 1936), Art. 419-529 OR (2.A., Zürich 1945).
- OSTERTAG Fritz
Berner Kommentar, Art. 919-977 ZGB (2.A., Bern 1917).
- PALANDT
Bürgerliches Gesetzbuch (39.A., München 1980).
- DE PREUX René
Le contrat de dépôt ouvert de titres en banque (Diss Fribourg 1946).

RATZ Paul	RGRK-Kommentar zu den §§ 383-460 HGB (2.A., Berlin 1960).
SALADIN Peter	Grundrechte im Wandel (2.A., Basel 1975).
SCHLEGELBERGER/SCHRÖDER	Handelsgesetzbuch (3.A., Berlin und Frankfurt a.M. 1957).
SCHLÄPFER Max	Die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsabschluss (Diss Zürich 1937).
SCHLUEP Walter R.	Innominatverträge, SPR VII/2 (Basel 1979) 765 ff.
SCHLUSSBERICHT	der Expertenkommission zum Entwurf über ein IPR-Gesetz, SSJR 13, (Zürich 1979).
SCHNITZER Adolf F.	Internationales Privatrecht, Bd. II (4.A., Basel 1958).
SCHÖNENBERGER/JÄGGI	Zürcher Kommentar, Art. 1-17 OR (3.A., Zürich 1979).
SCHULER Alois	Ueber Grund und Grenzen der Geltung von allgemeinen Geschäftsbedingungen (Diss Zürich 1978).
SCHULTZ/OPITZ	Sammeldepot beim Kassenverein, Gutachten erstattet namens der Rechtsabteilung der Deutschen Bank, Berlin, in: Opitz, Fünfzig depotrechtliche Abhandlungen (Berlin 1954) 1 ff. (zit. Gutachten).
SCHULZE-OSTERLOH Joachim	Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung (München 1972).
SCHUMANN Hans	Miteigentum beim Sammeldepot, in: Festschrift für Ernst Heymann, Bd. 2 (Marburg 1931) 1175 ff.
SERVAIS Pauly	Das Sammeldepotgeschäft (Diss Bonn 1913).
SIEBECK Friedrich	Die Rechtsgemeinschaft der Sammeldepotbeteiligten (Diss Göttingen 1929).
SOERGEL/BAUR/BERG/MÜHL	Kommentar zu den §§ 854-1296 BGB (11.A., Stuttgart 1978).
STARK Emil W.	Berner Kommentar, Art. 919-941 ZGB (Bern 1976).

STAUDINGER/VOGEL	Kommentar zu den §§ 725 ff. BGB (10./11.A., Berlin 1975).
VON STEIGER Werner	Gesellschaftsrecht, SPR VIII/1 (Basel 1976) 1 ff.
TREYVAUD Paul-Arthur	Le contrat de dépôt bancaire (Diss Lausanne 1972).
VON TUHR/ESCHER	Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II (Zürich 1974).
VON TUHR/PETER	Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I (Zürich 1974/1979).
TUOR/PICENONI	Berner Kommentar, Art. 537-640 ZGB (3.A., Bern 1956).
TUOR/SCHNYDER	Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (9.A., Zürich 1977).
ULMER/BRANDNER/HENSEN	Kommentar zum AGB-Gesetz (München 1977).
UMBRICHT-MAURER Rosmarie	Das Depotgeschäft (Zürich 1976).
VISCHER Frank	Internationales Vertragsrecht (Bern 1962).
	Internationales Privatrecht, SPR I (Bern 1969) 511 ff.
WESTERMANN Harry	Sachenrecht (5.A., München 1972).
WETTENSCHWILER Bruno	Das Recht im Devisenhandel (Diss Zürich 1974).
WIELAND Carl	Zürcher Kommentar, Art. 641-977 ZGB (Zürich 1909).
WOLFF/RAISER	Sachenrecht (10.A., Tübingen 1957).
ZEHNDER Jacques	Das Lagergeschäft mit Ausschluss des Lagerscheins (Diss Bern 1913).
ZIMMERMANN Fritz	Das Bankdepot in der Schweiz (Diss Zürich 1920).

LEBENS LAUF

Ich wurde am 16. August 1955 in Zürich geboren. Hier besuchte ich von 1962 bis 1968 auch die Primarschule, anschliessend das Gymnasium Hohe Promenade, wo ich im Herbst 1974 mit der Matura Typus A abschloss. Darauf immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Das Lizentiat bestand ich im Februar 1979. Seither bis ich als Assistentin von Prof. Meier-Hayoz tätig.

